Recht und Sittlichkeit.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

WALTER SCHOMBARDT

Gerichtsassessor aus Kassel.

MARBURG 1938

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 16. Februar 1933.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.

Tag der mündlichen Prüfung: 4. März 1933.

Die Arbeit ist am 20. Juli 1932 abgeschlossen worden.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSÜBERSICHT

Vorwort.

Einleitung.

I. Zum Sprachgebrauch 1
II. Ursprüngliche Einheit von Religion, Sittlichkeit, Sitte, Recht 1

RECHT UND SITTLICHKEIT.

A. Hauptunterschiede

I. Recht und äußeres, Sittlichkeit und inneres Verhalten
1. Recht und äußeres Verhalten 2
2. Sittlichkeit und inneres Verhalten 6
II. Heteronomie des Rechts, Autonomie der Sittlichkeit . . 8
III. Der Zwangscharakter des Rechts, das Fehlen des Zwanges im Gebiet der Sittlichkeit.
1. Der Zwangscharakter des Rechts 12
2. Das Fehlen des Zwanges im Gebiet der Sittlichkeit 18
IV. Recht und Sittlichkeit im Verhältnis zur Wirklichkeit.
1. Die Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts . . . 20
2. Die Aufgabe der Sittlichkeit 23
V. Die Geltung des Rechts und die Geltung der Sittlichkeit. 26
1. Der juristische (formale) Geltungsbegriff . . . 26
2. Der soziologische Geltungsbegriff 27
3. Der philosophische Geltungsbegriff 30
4. Das Verhältnis der philosophischen Geltung der Rechtsidee zur empirischen Geltung des positiven Rechts . . 30
VI. Das Recht gewährt Rechte, die Sittlichkeit kennt nur Pflichten 32
VII. Das Recht generalisiert, die Sittlichkeit differenziert . . 34
VIII. Veränderlichkeit des Rechts, Stetigkeit der Sittlichkeit . . 35

B. Gemeinsame Beziehungen von Recht und Sittlichkeit

I. Gemeinsames in inhaltlicher Hinsicht 36
II. Das Recht als ethisches Minimum 39
III. Das Recht steht unter dem Einfluß der Sittlichkeit . . 41

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555610_0188

SCHRIFTTUM

(Die Literaturangaben beziehen sich auf dieses Verzeichnis und sind deshalb abgekürzt gegeben).

Anderssen: Das Gewohnheitsrecht, in Grünhuts Ztschr. 37, 337 ff. (1910).
Baumgarten: Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Bd. I und II; 1920, 1922.
— Erkenntnis, Wissenschaft, Philosophie (Erkenntniskritische und methodologische Prolegomena zu einer Philosophie der Moral und des Rechts) 1927.
— Rechtsphilosophie. 1929.
Beling: Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. 1923.
— Revolution und Recht. 1923.
— Besprechung von Somló: „Juristische Grundlehre" in Kritische Vierteljahrsschr. Bd. 57, 50 ff. (1925).
— Das Rechtsordnungssubjekt, in Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 20, 56 ff. (1926).
— Apriorität des Rechtsbegriffs? in Studi Filosofico-Giuridici, dedicati a Giorgio Del Vecchio I S. 26 ff. (1930).
— Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück, in Festgabe für Heck, M. Rümelin, A. B. Schmidt, S. 1 ff. (1931).
Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I 1892.
Bierling: Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe Bd. I 1877; Bd. II 1883.
— Juristische Prinzipienlehre. Bd. I 1894; Bd. V 1917.
Binder: Rechtsbegriff und Rechtsidee. 1915.
— Recht und Macht als Grundlagen der Staatswirksamkeit. 1921.
— Zur Lehre vom richtigen Recht. Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 22, 117 ff. (1928/29).
— Philosophie des Rechts. 1925.
— Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung. 1927.
— Prozeß und Recht. 1927.
— Die Geltung des Rechts, in: Blätter für Deutsche Philosophie, Bd. 3, 426 ff. (1930).
Brodmann: Vom Wesen und Begriff des Rechts, in: Jher. Jahrb. 55, 277 ff. (1909).
— Recht und Gewalt. 1921.
Burckhardt: Über das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit, in: Schweiz. Ztschr. f. Strafrecht 35, 1 ff. (1922).
— Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 1927.
Cathrein: S. J.: Recht, Naturrecht und positives Recht. 2. Aufl. 1909.
Dohna, Graf zu: Die Revolution als Rechtsbruch und Rechtsschöpfung. 1923.
Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechts. 1929. (1913).
Emge: Über den Charakter der Geltungsprobleme in der Rechtswissenschaft. Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 14, 146 ff., 277 ff.; 15, 54 ff.
— Vorschule der Rechtsphilosophie. 1925.
— Geschichte der Rechtsphilosophie, 1931.
Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Bd.: Einleitung, Allgem. Teil. 13. Bearbeitung 1931.
Fehr: Recht und Wirklichkeit. 1928.

Giese: Einführung in die Rechtswissenschaft. 1928.
v. Gierke, O.: Das Recht und der Krieg. Gruch. Beitr. 59, 3 ff. (1915).
— Recht und Sittlichkeit, in: Logos 6, 211 ff. (1916/17).
— Deutsches Privatrecht. I. Bd. Allgemeiner Teil und Personenrecht. 1895.
Gysin: Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. 1927.
Hartmann, Nic.: Ethik. 1926.
Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1927.
Hensel, P.: Hauptprobleme der Ethik. 2. Aufl. 1924 (1912).
v. Hippel, E.: Einführung in die Rechtstheorie. 1932.
v. Hippel, R.: Deutsches Strafrecht. I. Bd.: Allgemeine Grundlagen. 1925.
Hölscher: Sittliche Rechtslehre. Bd. I und II (1930).
Huber, E.: Recht und Rechtsverwirklichung. 1925 (1920).
Jellinek, G.: Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 2. Aufl. 1908.
— Allgemeine Staatslehre. 3. Aufl. 1914.
Jellinek, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913.
v. Jhering: Der Zweck im Recht. I. Bd. 3. Aufl. 1893.
Jung, E.: Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts (Sonderabdruck aus der Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dernburg). 1900.
— „Positives" Recht (Sonderabdruck aus der Gießener Festschrift). 1907.
— Das Problem des natürlichen Rechts. 1912.
— Rechtsregel und Rechtsgewissen (Eine Untersuchung über die Grundlagen der Rechtsgeltung). Arch. f. Ziv. Praxis 118, 1 ff. (1918).
— Das sog. Gewohnheitsrecht als Grundfrage der Rechtsquellenlehre. Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 22, 227 ff. (1928/9).
— Ehre und Gewissen (Über die Grundlage der Moral). Ztschr. f. Rechtsphilosophie, Bd. 4, 115 ff., 221 ff. (1929).
— Bürgerliches Recht, in: R. Stammler: Das gesamte Deutsche Recht. I. Bd. 1931.
Kahl: Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik. Bd. I. 1894.
Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 2. Aufl. 1923.
— Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. 1920.
— Allgemeine Staatslehre. 1925.
— Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. 2. Aufl. 1928.
— Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. 1928.
Klein, Fr.: Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung. 1912.
Knapp: System der Rechtsphilosophie. 1857.
Krückmann: Einführung in das Recht. 1912.
— Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. 1929.
Larenz: Das Problem der Rechtsgeltung. 1929.
— Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart. 1931.
Lasson, A.: System der Rechtsphilosophie. 1882.
Laun: Recht und Sittlichkeit. 2. Aufl. 1927 (1925).
Lauterburg: Recht und Sittlichkeit. 1918.
Lehmann, Heinrich: Recht und Gerechtigkeit. 1930.
Leonhard, Fr. Auslegung und Auslegungsnormen. 1917.
Manigk: Savigny und der Modernismus im Recht. 1914.
— Besprechung von Th. Niemeyer: „Völkerrecht", in: JW 23, 486 ff.
— Wie stehen wir heute zum Naturrecht? Breslauer Rektoratsrede 1926.
— Die Idee des Naturrechts, in: Festgabe für Rud. Stammler. 1926.
— Artikel: „Auslegung", im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1926/31 Bd. I S. 428 ff.
— Artikel: „Formalismus und Freirechtsschule", ebd. Bd. II S. 474 ff.
— Artikel: „Interesse", ebd. Bd. III S. 297 ff.
— Artikel: „Interessenjurisprudenz", ebd. Bd. III S. 309 ff.
— Artikel: „Schuldverhältnisse" ebd. Bd. V, S. 375 ff.

Manigk: Besprechung von Schreier, „Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte", in: Zentralblatt für die Juristische Praxis, 1929, 534 ff.
— Juristische Aufgaben der Rechtsphilosophie. JW 1930, 234 ff.
Marschall, Freiherr von Bieberstein: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze. 1927.
Mayer, M. E.: Rechtsphilosophie. 1922.
Merk: Staat und Recht, in: Der Staat (hrsg. vom Vorstand der Deutschen Studentenschaft) 1930. S. 21 ff.
Merkel, Ad.: Juristische Enzyklopädie. 7. Aufl. 1922.
Messer: Ethik. 2. Aufl. 1925.
— Wertphilosophie der Gegenwart. 1930.
Mezger: Sein und Sollen im Recht. 1920.
— Der Begriff der Rechtsquelle, in: Festgabe für Heck, M. Rümelin, A. B. Schmidt. 1931, 19 ff.
— Strafrecht. 1931.
Moór: Macht, Recht, Moral in: Acta Litterarum ac Scientiarum Regiae Universitatis Hungaricae Francisco-Josephinae. Sectio Iuridico-Politica. tom. I fasc. 1 (1922) S. 1 ff.
Natorp: Recht und Sittlichkeit. Kantstudien 18 S. 1 ff. (1913).
Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte. 1914.
Petraschek: System der Rechtsphilosophie. 1932.
Petrazycki: Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts. 1907.
Radbruch: Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914.
— Einführung in die Rechtswissenschaft. 5.—6. Aufl. 1925.
— Rechtsphilosophie. 1932.
Regelsberger: Pandekten. I. Bd. 1893.
Riezler: Das Rechtsgefühl. 1921.
Rothenbücher: Über das Wesen des Geschichtlichen und die gesellschaftlichen Gebilde. 1926.
Rümelin, G.: Reden und Aufsätze. Neue Folge 1881.
Rümelin, M.: Die Gerechtigkeit. 1920.
— Die Billigkeit im Recht. 1921.
— Rudolf von Jhering. 1922.
— Eugen Huber. 1923.
— Die Rechtssicherheit. 1924.
— Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein. 1925.
— Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung. 1929.
— Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre. 1930.
Sauer: Grundlagen der Gesellschaft. 1924.
— Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie. 1929.
Schmidt, R.: Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1923.
Schmoller: Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre. I. Teil. 4.—6. Aufl. 1901.
Schönfeld: Von der Rechtserkenntnis. 1931.
— Der Traum des positiven Rechts. Arch. f. Ziv. Praxis 135, 1 ff. (1932).
Schultze, Aug. S.: Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung. I. Teil 1883.
Sohm: Kirchenrecht. I. Bd. 1892; II. Bd. 1923.
Somló: Juristische Grundlehre. 1917.
Stammler: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. 1. Aufl. 1896; 5. Aufl. 1924.
— Die Lehre von dem richtigen Rechte. 1902.
— Theorie der Rechtswissenschaft. 1911.
— Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 3. Aufl. 1928.
— Rechtsphilosophie, in: Das gesamte Deutsche Recht Bd. I 1931, S. 1 ff.
Tatarin-Tarnheyden: Staat und Recht in ihrem begrifflichen Verhältnis, in: Festgabe f. Stammler 1926.

Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Triepel: Völkerrecht und Landesrecht. 1899.
Vierkandt: Sittlichkeit, in: Handwörterbuch d. Soziologie 1931 S. 533 ff.
Walz: Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner. Handbuch des Völkerrechts I. Bd. 1. Abt. A. 1930.
Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft 1922.
Weigelin: Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie. 1927.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 9. Aufl. bearb. von Th. Kipp, 1906.

Zeitschriften:

Archiv für das öffentliche Recht.
Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.
Archiv für die Zivilistische Praxis.
Blätter für Deutsche Philosophie.
Deutsche Juristenzeitung.
Der Gerichtssaal.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Kantstudien.
Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Logos.
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
Zeitschrift für das Öffentliche Recht.
Zeitschrift für Rechtsphilosophie.
Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft.
Zentralblatt für die Juristische Praxis.

VORWORT.

I.

„Recht und Sittlichkeit", ein altes Thema, das noch stets die Gemüter bewegt hat! Jhering nannte es das „Kap Hoorn" der Rechtswissenschaft. In einer Arbeit wie der vorliegenden ist es gewiß nicht auszuschöpfen, man kann überhaupt nur mit ihm ringen, nicht es bezwingen.

Uns kam es vor allem darauf an, einiges, was landläufig als Unterscheidungsmerkmal hervorgehoben wird, kritisch zu betrachten sowie die vielen gemeinsamen Berührungspunkte der beiden sozialen Normenkreise hervorzuheben. Dabei bestanden mehrere besondere Schwierigkeiten: In der Literaturauswahl mußte eine gewisse Beschränkung geübt werden; die vorhandene Literatur ist einfach unübersehbar. — Die einzelnen zu behandelnden Fragen hängen innerlich oft derart zusammen, daß ihre aus Darstellungsgründen erfolgte Trennung ein notwendiges Übel darstellt. — Viele Autoren (Stammler, Radbruch, Mayer, Binder, Kelsen u. a.) berichten innerhalb ihres eigenen selbständigen Systems. Eine Herauslösung des für unsere Erörterungen Notwendigen bleibt immer mehr oder minder gewaltsam.

Marburg a. d. Lahn, den 20. Juli 1932.

II.

Die Arbeit, deren Thema der Verfasser sich selbst gewählt hatte, entstand in den Jahren 1931/32. Sie wurde am 20. Juli 1932 abgeschlossen. Aus wirtschaftlichen Gründen konnte sie erst jetzt gedruckt werden. Es ist n i c h t s g e ä n d e r t worden.

Der Sieg des Nationalsozialismus hat sich mit in erster Linie auch auf dem Gebiete des Rechtes ausgewirkt. Gesetze, die sittlichem Empfinden Hohn sprechen, kennt der Staat Adolf Hitlers nicht. Die gesetzgeberischen Maßnahmen des Dritten Reiches sind von höchstem sittlichen Wollen getragen. Die Rechtsanwendung ist stets bestrebt, einen Widerspruch rechtlicher Entscheidungen mit den Forderungen der Sittlichkeit zu vermeiden. Das nationalsozialistische Rechtsdenken ist dem Formalen abgewandt, es hat sich den Substanzwerten der deutschen Nation — Staat, Rasse, Boden, Arbeit, Ehre, Wehrkraft, kulturell-geistige Werte — und ihrer Sicherung zugekehrt. Richtungweisend ist das Wort des Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht Reichsministers Dr. Frank „Recht ist, was dem Volke nützt; Unrecht, was ihm schadet." Der Zusammenhang mit der Sittlichkeit ist offenbar.

Kassel, den 3. September 1938.

Motto: „Wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben".
Kant, Metaphysik der Sitten, I. Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

EINLEITUNG.

I. Zum Sprachgebrauch.

Bevor wir uns unserer eigentlichen Aufgabe zuwenden, ist eine kurze terminologische Erörterung unerläßlich. Im folgenden sollen die Worte: Sittlichkeit, Ethik, Moral, Sittengesetz, Sittengebot und die entsprechenden Adjektiva: sittlich, ethisch, moralisch synonym gebraucht werden. Es geschieht dies lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen, da tatsächlich meist so verfahren wird [1]). Dabei soll aber nicht verkannt sein, daß gewisse feinere Unterschiede in der Verwendung der genannten Worte bestehen, und daß meist das Sprachgefühl, nicht verstandesmäßige Überlegung, den einen oder den anderen Ausdruck vorziehen wird. Eine klare begriffliche Verschiedenheit dürfte aber hieraus nicht ableitbar sein.

Einige Autoren verwenden allerdings die genannten Ausdrücke in verschiedenem Sinn. So rechnet z. B. Binder [2]) in durchaus ungewöhnlichem Sprachgebrauch zur Ethik als (nach ihm!) der Lehre von der Freiheit des Willens oder vom Sollen sowohl Recht wie Sittlichkeit = Moral wie das gesamte Gebiet der Konventionalregeln (Sitten, Gebräuche, Moden usw.). Überaus eigenartig ist auch Stammlers [3]) Verwendung des Begriffes sittlich im Sinne von grundsätzlich richtig und überdies als Bezeichnung für den Gegensatz zu sozial.

II. Ursprüngliche Einheit von Religion, Sittlichkeit, Sitte, Recht.

Es ist für uns als Menschen der Gegenwart selbstverständlich, unter Religion, Sittlichkeit, Sitte und Recht grundsätzlich Geschiedenes zu begreifen. Diese Trennung der vier großen das gesellschaftliche Leben regelnden Normenkreise bestand aber nicht immer. Wir sind berechtigt, für sehr frühe geschichtliche Zeiten, die bei einzelnen besonders primitiven Stämmen sich bis in die Moderne erstrecken [1]), von der einen alles beherrschenden p r i m i t i v e n U r n o r m zu

1) z. B. Enneccerus-Nipperdey, § 28; Riezler, Rechtsgefühl 70 f.; Baumgarten, Wissenschaft I 178, ff.
2) Philosophie des Rechts 800; ebenso auch Radbruch Einführung 13 f.
3) Lehrbuch §§ 33, 31.
1) R. Schmidt, Einführung 42.

sprechen[2]). Sie enthält in untrennbarer Verschmelzung sowohl religiöse und sittliche Elemente wie auch rechtliche und bloß konventionelle Vorschriften. Die oft vertretene Ansicht[3]), daß es ursprünglich nur die Normen der Sitte gab, aus denen sich erst später die anderen herausdifferenzierten, ist nicht haltbar[4]); denn die höchste idische Autorität in diesen primitiven Zeiten stellte nicht nur die Gottheit dar (bezw. gab ihren Willen kund), sondern erließ auch die Gebote der Sittlichkeit und des Rechts und überwachte die Innehaltung der wohl stets religiös fundierten Sitten und Gebräuche. Der Ausdruck Somlós von der primitiven Urnorm gibt den Sachverhalt sehr glücklich wieder. Gegen ihn wendet sich Weigelin[5]), indem er betont, daß das Recht bis in die ältesten Zeiten des Menschengeschlechts zurückreiche. Wenn er dann die Ehe als Beispiel heranzieht, so sollte er doch nicht übersehen, daß gerade die Ehe durch außerordentlich wirksame religiöse, moralische und auch konventionelle Vorschriften geschützt war. Sehr zutreffend hebt Manigk[6]) hervor, daß alle Ordnungen unbewußt und gefühlsmäßig wirken können, daß aber das Recht als unbedingte Zwangsordnung erst in der Gestalt geformter Rechtssätze zu wirken vermag. Und in den Zeiten, von denen hier die Rede ist, war an eine Formung der rechtlichen Vorschriften noch nicht zu denken.

RECHT UND SITTLICHKEIT.

A. Hauptunterschiede.

I. Recht und äußeres, Sittlichkeit und inneres Verhalten.

1. Recht und äußeres Verhalten.

Nach dem kurzen Überblick auf die Zeit frühester Geschichte fragen wir, wie sich für unsere moderne Rechtskultur das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit darstellt, eine Frage, die keineswegs rein theoretischer Natur ist, sondern auch große praktische Bedeutung hat, zumal für die Gesetzgebung und die Staatspolitik. Zunächst sollen die hauptsächlichsten Unterschiede, sodann die gemeinsamen Beziehungen der beiden sozialen Ordnungen aufgezeigt werden.

Es wird bisweilen sehr einfach gesagt, das Recht beziehe sich auf das äußere, die Sittlichkeit auf das innere Verhalten des Menschen.

2) Somló, Jurist. Grundlehre 87 f.; Binder, Phil. d. R. 224; ebenso der Sache nach Brodmann in Jher. Jb. 55, 320; Beling, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 20, 56; Manigk, Festg. f. Stammler 16.
3) Radbruch Einführung 14; R. Schmidt 42 ff.; Riezler 56.
4) so mit Recht Somló 89 f.
5) Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie 163 f.
6) Artikel: Formalismus, im Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft 474.

Dort käme es auf die äußere Handlung, hier auf die innere Gesinnung an. Schlagwortartig verwendet man die von Kant geprägten Begriffe: für das Recht genüge bloße Legalität, die Sittlichkeit verlange Moralität. Auch in sprichwörtlicher Form ist diese Ansicht überliefert: „De internis non iudicat praetor", „Gedanken sind zollfrei", „Ums Denken tut man keinen henken". Wissenschaftlich wird sie ohne jede Einschränkung vertreten von G. Jellinek[1]), Sohm[2]), Burckhardt[3]), Giese[4]), Hensel[5]). Diese Autoren erblicken in der angegebenen Beziehung den oder wenigstens einen kennzeichnenden Unterschied. Eine Reihe anderer Schriftsteller: O. von Gierke[6]), Bierling[7]), Radbruch[8]), Riezler[9]), E. Huber[10]), Enneccerus-Nipperdey[11]) erwecken durch präzise Formulierung zunächst den Anschein, als seien sie der gleichen Ansicht, sie werden bisweilen auch als deren Vertreter angeführt. Dann hat man aber übersehen, daß sie diese späterhin wesentlich einschränken. Und in der Tat, eine genauere Untersuchung zeigt, daß man eine auf den ersten Blick vielleicht einleuchtende, in Wahrheit aber unzutreffende Unterscheidung gewonnen hat. Es ist freilich zuzugeben, daß es das Recht in erster Linie auf die äußere Handlung abstellt. Aber die innere Gesinnung ist dem Recht keineswegs gleichgültig[12]). Zum Beweise dieser Behauptung seien aus der Fülle möglicher Beispiele einige herausgegriffen. Das Zivilrecht berücksichtigt bezüglich der Wirksamkeit der abgegebenen Willenserklärung (wenn auch in verschiedenem Maße) etwaige Mängel der Willensbildung. Kein Rechtssystem wird den sog. inneren Willen als gänzlich unerheblich behandeln können[13]). In einzelnen Fällen bildet nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der sog. Irrtum im Motiv einen Anfechtungsgrund. Die Beweggründe spielen ferner eine große Rolle bei Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt. Die bona fides ist u. a. Voraussetzung für den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten und für die Ersitzung. Bei den Eheverfehlungen wie bei der Verzeihung kommt es entscheidend auf innere Tatsachen an. Das gleiche

1) Allgemeine Staatslehre 333.
2) Bd. II S. 48.
3) Schweiz. Ztschr. f. Strafr. 35, 2.
4) Einführung S. 20.
5) Hauptprobleme der Ethik 65, 115.
6) Logos 6, 228.
7) Jur. Prinzipienlehre I, 19.
8) Grundzüge 59; Rechtsphil. 39.
9) a.a.O. 66.
10) Recht und Rechtsverwirklichung 42.
11) § 28, I, 1 a.
12) Radbruch, Grundz. 44; Rechtsphil. 36 f.; Enneccerus-Nipperdey § 28, I, 1 a; Gierke, Logos 6, 228; Riezler 66; Manigk, Festg. f. Stammler 15; Weigelin 54; Petraschek, System d. Rechtsphil. 117.
13) Weigelin 57.

gilt für Kenntnis bezw. Unkenntnis, die oft Tatbestandsvoraussetzungen sind, sowie für die Absicht z. B. der Gläubigerbegünstigung. Im Strafrecht ist das Vorliegen von Schuld unentbehrliche Voraussetzung zur Bestrafung; entscheidende Vorfrage zu ihrer Feststellung ist aber, ob nicht etwa die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war. Die Unterschiede der einzelnen Schuldformen selbst (Vorsatz, unbewußte und bewußte Fahrlässigkeit) wie die Qualifikationen der Überlegung und der Absicht liegen im Psychischen [14]). Von großer Bedeutung ist hier ferner das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, sei es nun, daß man es stets verlangt oder nur bei solchen Delikten, bei denen es gesetzliches Tatbestandsmerkmal bildet, sei es, daß man es durch das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit ersetzt. — Die sog. symptomatische Verbrechensauffassung sieht im Verbrechen nur einen Erkenntnis-, keinen Seinsgrund der Strafe, diesen erblickt sie vielmehr in der sozialen Gefährlichkeit des Verbrechers. Diese Auffassung ist überwiegend auf Ablehnung gestoßen [15]). Ist es auch widersinnig, die Strafe nicht aus der Rechtswidrigkeit der Tat herzuleiten, sondern ausschließlich aus dem Innern des Verbrechers, so wird aber doch in der modernen Strafrechtsschule der Persönlichkeit des Täters mehr als früher Rechnung getragen, insbesondere wird bei der Frage der Strafzumessung, deren dogmatische Vertiefung erst eben einsetzt, die Gesinnung mit Recht weitgehendst berücksichtigt. Über Zivil- und Strafrecht hinaus sind vor allem die verschiedenen Altersstufen von ganz allgemeiner juristischer Bedeutung.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß die Mittelmeinung M. E. Mayers [16]) nicht haltbar ist, der für das rechtmäßige Verhalten an dem Gegensatz (Moral : Gesinnung, Recht : Handlung) „in voller Schärfe" festhalten will und ihm nur für die rechtswidrigen Handlungen die Bedeutung abspricht.

Es wird nun häufig die Meinung vertreten, die Gesinnung habe für das Recht nur in Verbindung mit einem äußeren Verhalten Bedeutung [17]). Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Zwar ist es richtig, wenn Bierling [18]) meint, sobald das Recht eine bestimmte Handlung fordere, fordere es auch mit logischer Notwendigkeit den auf sie gerichteten Willen. Aber das Recht geht tatsächlich bisweilen darüber hinaus und fordert eine bestimmte Gesinnung als solche. Bierling

14) Gänzlich unhaltbar die Ansicht Hensels 61, es liege außerhalb der Aufgabe des Richters, die verschiedenen Willensrichtungen des Straftäters zu ermitteln.

15) Vgl. Mezger, Strafrecht 255; Manigk, Festgabe 15.

16) Rechtsphilosophie 62.

17) so Gierke, Deutsches Privatr. I, 114 und Logos 6, 228; Enneccerus-Nipperdey § 28, I, 1 a; Somló 70; Riezler 67; Binder, Arch. Rechts- und Wirtschaftsphil. 22, 123.

18) Kritik I, 155.

selbst leitet an anderer Stelle[19]) aus Bindings Normentheorie zwingend die Rechtswidrigkeit bloßer Gedanken ab. Der Satz „cogitationis poenam nemo patitur" ändert hieran nichts. Radbruch[20]) bemerkt, worin ihm Somló[21]) zustimmt, daß dieser Satz nicht begriffliche Rechtsnotwendigkeit, sondern nur positive Rechtssatzung ist. Für die Vergangenheit weist er[22]) auf die Bestrafung der Ketzerei und der Apostasie hin und macht die gute Bemerkung, daß hier die Äußerung lediglich ein Beweismittel für die vom Recht nicht geduldete Gesinnung war, daß sie also nur prozessuale nicht materiellrechtliche Bedeutung hatte. Ferner weist er auf die katholische Kirche hin, der ja in der Beichte ein Mittel zur Verfügung steht, um die Gesinnung ihrer Mitglieder zu erforschen und gegebenenfalls dieselbe zu beeinflussen. Aber es gibt noch viel näherliegende Beispiele: In sehr vielen Fällen ist nämlich die rechtliche Gesinnung eine tatsächliche Voraussetzung für das rechtliche Verhalten und darum vom Recht — wenigstens mittelbar — gefordert[23]). Man braucht nur an die Beamtenpflichten, an die Erfüllung der Wehrpflicht, an Treu und Glauben als Grundlagen des privaten Rechtsverkehrs, an viele Bestimmungen des Familienrechts zu denken. Dementsprechend wird im Strafvollzug und in der Fürsorgeerziehung darauf gesehen, nicht nur zu äußerer Rechtmäßigkeit, sondern auch zu rechtlicher Gesinnung zu erziehen[24]). Endlich gibt es Fälle rechtlicher Verpflichtung, bei denen notwendigerweise eine vorbereitende geistige Tätigkeit erforderlich ist und daher mittelbar verlangt wird[25]). Man denke an Zeugenaussagen, Erstattung von Gutachten, an die Steuererklärung, Rechnungslegung usw.

Es dürfte nunmehr nachgewiesen sein, daß die Behauptung, das Recht beziehe sich n u r auf das äußere Verhalten des Menschen, nicht aufrechterhalten werden kann. Es ist aber verständlich, daß man so oft auf sie trifft. Denn sie nimmt, wie Baumgarten[26]) es ausdrückt, eine richtige Beobachtung zum Ausgangspunkt, nämlich, daß das Recht in erster Linie störende Eingriffe in die Lebenssphäre des einzelnen verhindern soll. Ähnlich sagt Radbruch[27]), daß die von ihm abgelehnte Auffassung sich aus der Eigenschaft des Rechts als Gemeinschaftsreglung zu ergeben scheint, da Gemeinschaft nur dann besteht, wenn der einzelne mit anderen handelnd in Beziehung tritt.

19) Kritik I, 146 f.
20) Grundzüge 47.
21) a.a.O. 69.
22) Grundzüge 45.
23) so R. Schmidt 45 und Weigelin 55.
24) Weigelin 55, auch Hedemann § 7, IV betont die Erzieherfunktion des Juristen.
25) Weigelin 57.
26) Wissenschaft I, 182 f.
27) Grundzüge 43 f. Rechtsphilosophie 36.

So meint auch Sohm[28]), daß zur Erhaltung der menschlichen Gemeinschaft ein bestimmtes äußeres Verhalten der einzelnen Mitglieder zwar notwendig, aber auch genügend sei (was wir bestreiten müssen). Und Weigelin[29]) weist darauf hin, daß unmittelbare Forderungen des Rechts an das Innenleben des Menschen zu oft unerfüllt bleiben würden und außerdem ihre Verletzung nur selten beweisbar wäre[30]). Wenn aber Radbruch[31]) meint, es müsse dem Gläubiger gleich sein, warum sein Anspruch erfüllt würde, nur an der Erfüllung als solcher könne ihm gelegen sein, so ist diese Ansicht nicht genau genug. Weigelin[32]) kehrt sehr richtig hervor, daß der gute Wille des Schuldners, seine rechtliche Gesinnung, eine große Bedeutung hat. Bei gleicher Lage der äußeren Umstände wird der eine noch zahlen, wo der andere sein Unvermögen zur Zahlung geltend macht.

2. Sittlichkeit und inneres Verhalten.

Betrachten wir nunmehr jene andere mit der ersten stets zugleich aufgestellte Behauptung, nämlich die, daß die Sittlichkeit sich auf das innere Verhalten des Menschen, auf seine Gesinnung beziehe. Auch sie ist nicht zutreffend. Wie dem Recht die Gesinnung, so ist dem Sittengesetz die äußere Handlung nicht gleichgültig[1]), (das sagt schon das Sprichwort: „Der Weg zur Hölle ist mit guten Vorsätzen gepflastert"). Aber stets muß sie aus der rechten Gesinnung hervorgehen[2]). Bleibt also der Erfolg aus äußeren Umständen aus, so wird unser sittliches Urteil über die betreffende Handlung nicht geändert[3]). Das Erfordernis der rechten Gesinnung bedeutet aber nicht, daß die Handlung entgegen der inneren Neigung erfolgt sein müsse, wie Kant es verlangte. Dieser Standpunkt wird heute allseitig abgelehnt[4]).

Verkannt wird das spezifische Wesen des Sittlichen von Weigelin[5]), der der herrschenden Lehre zuwider behauptet, auch das Sittengesetz fordere unmittelbar nur äußere Handlungen und Unter-

---

28) Bd. II, 48.
29) a.a.O. S. 54.
30) ähnl. G. Rümelin, Reden und Aufsätze, NF. S. 347.
31) Einführung 18; ebenso Hedemann § 7, IV.
32) a.a.O. 54.

1) G. Rümelin 348; Merkel, Jur. Enzykl. § 80 N. 1; Gierke, Logos 6, 229; Somló a.a.O. 69; R. Schmidt 45; Riezler 67; Baumgarten, Wissenschaft I, 181; Mayer 47; Binder, Phil. d. R. 811; Beling, Rechtswiss. und Rechtsphil. 22.

2) Gierke, Logos 6, 229; Somló 69; R. Schmidt 45; Radbruch, Grundzüge 46; Rechtsphil. 37; Riezler 67; Binder, Phil. d. R. 811; Giese 20.

3) Baumgarten, Wissenschaft I, 181 f.; Hensel 46.

4) Messer, Ethik 80; Weigelin 62.

5) a.a.O. 58 ff.

lassungen, nicht ein inneres Verhalten, bezw. eine sittliche Gesinnung. Damit schwächt er die Gegensätze zwischen Recht und Sittlichkeit in ungerechtfertigter Weise ab. Weigelin kommt zu seiner Ansicht vor allem dadurch, daß er vom geltenden Sittengesetz ausgeht, d. h. von „denjenigen Forderungen, welche durch überwiegende Anerkennung und Befolgung den Positivierungsprozeß durchgemacht haben". Nun ist freilich nicht zu bestreiten, daß es neben der idealen Forderung des Sittengesetzes auch eine empirische Moral in Weigelins Sinne gibt, doch kann sie nicht dazu dienen, das Wesen des Sittlichen zu erkennen. Sind doch gerade Geltung und Positivität spezifische Merkmale des Rechts, nach Baumgarten[6]) sogar die einzigen grundlegenden Unterscheidungsmerkmale zwischen Recht und Sittlichkeit. Weigelin geht soweit, bloßen Wünschen, Gedanken und Absichten auch für das Gebiet der Sittlichkeit jede Bedeutung abzusprechen, und zwar — aus Zweckmäßigkeitsgründen, da sie für gewöhnlich unerkennbar seien (als ob es darauf ankäme; wer wollte sie denn feststellen und zu welchem Zweck? Eine Kriminalpolizei und eine Staatsanwaltschaft der Moral wären doch widersinnige Einrichtungen). Folgerichtig spricht Weigelin denn auch der Erfüllung einer vom Sittengesetz geforderten Handlung ohne die rechtliche sittliche Gesinnung trotzdem sittlichen Wert zu. Es ist aber zu bestreiten, daß das Sittengesetz irgendwelche Zustände anstrebe, es hat es mit dem Menschen zu tun und will ihn zur sittlichen Persönlichkeit entwickeln, dann sind die äußeren Zustände auch andere geworden! Der sittliche Wert ist, wie wir meinen möchten, wesensmäßig ein Personal-, kein Sachwert. Die Einseitigkeit der Weigelinschen Theorie wird besonders deutlich, wenn er behauptet, die Gesinnung habe für die Sittlichkeit genau dieselbe Bedeutung wie für das Recht. Demgegenüber muß man Binder[7]) zustimmen, wenn er darauf hinweist, daß jemand ein durchaus schlechter Mensch sein kann, ohne daß seine Schlechtigkeit sich auch nur einmal in einer äußeren Tat offenbart hätte, daß einer aber zum Verbrecher erst dann geworden ist, wenn er den Rechtsfrieden der Gemeinschaft gebrochen hat.

Eine zutreffende Unterscheidung innerhalb des großen Gebietes der menschlichen Gesinnung nimmt Radbruch[8]) vor. Er stellt die „wünschenden Gedanken", die „böse Lust", die „guten Vorsätze", kurz das gesamte sog. passive Triebleben als sittlich indifferentes „Material der Pflichterfüllung" dem sich hiermit auseinandersetzenden aktiven Willen gegenüber. Dieser hat von Sittlichkeit wegen zu

---

6) Wissenschaft I, 178.
7) Phil. d. R. 808.
8) Grundzüge 45 ff.; Rechtsphilosoph. 37.

handeln, aber nicht nur nach außen, sondern auch nach innen [9]). So kommt es denn auch, daß diejenigen Handlungen, die nur als Symptome für Gesinnungen von Bedeutung sind, rechtlicher Regelung unzugänglich sind. So werden weder Freundschaft noch Liebe in ihrem eigentlichen Wesen vom Recht erfaßt. Es ist aber eine große Verkennung der Aufgaben des Rechts, zu glauben, es sei entbehrlich und könne durch die Liebe ersetzt werden. Diesem Irrtum ist Tolstoi mit der von ihm vertretenen „edelsten Form des Anarchismus" zum Opfer gefallen.

Es hat sich uns somit ergeben, daß auch die zweite Behauptung, die Sittlichkeit beziehe sich auf die Gesinnung des Menschen, nicht aufrechterhalten werden kann. Das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit zu äußerer Handlung, bezw. innerer Gesinnung des Menschen mag, soll es auf eine kurze und nur im großen und ganzen zutreffende Formel gebracht werden, mit O. von Gierke [10]) dahin charakterisiert sein, daß der Weg des Rechts von außen nach innen, der der Sittlichkeit von innen nach außen geht.

II. Heteromonie des Rechts, Autonomie der Sittlichkeit.

Außerordentlich häufig wird der Unterschied zwischen Recht und Sittlichkeit darin erblickt, daß das Recht heteronom, die Sittlichkeit autonom sei [1]). Man meint damit, daß das Recht uns als fremder von außen gesetzter Wille begegne, während die Sittlichkeit in unserem Innern als eigene selbstverantwortliche Gewissensentscheidung ihren Sitz habe [2]) (womit aber nichts gegen die Allgemeingültigkeit des Sittengesetzes gesagt ist).

Nichts scheint klarer und einleuchtender als diese Unterscheidung. Doch ist sie nicht ohne Gegner geblieben, deren Argumente im folgenden geprüft werden sollen.

Baumgarten [3]) leugnet die Autonomie der Moral, da das Individuum sich das moralische Gesetz nicht in freier Willkür gebe, sondern dieses auf Anlagen der menschlichen Natur beruhe. Letzteres

---

9) Dies betont auch Weigelin 60, sieht aber darin fälschlich einen Beweis dafür, daß das Sittengesetz sich nicht auf das innere Leben des Menschen beziehe.

10) Logos 6, 228 f.; zustimmend Mayer 62; ähnl. Fehr, Recht und Wirklichkeit 60.

1) Kelsen, Hauptprobleme 346; Somló 67; Burckhardt, Schweiz. Ztschr. 35, 2; Beling, Rechtswiss. 24; Binder, Phil. d. R. 797 f., 810 f.; Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht?; Giese 20; Enneccerus - Nipperdey § 28, I, 1 c; der Sache nach auch G. Jellinek 333; Hedemann § 7, III.

2) Einen ganz anderen Heteronomie- und Autonomiebegriff verwendet Stammler, Theorie 457, sodaß auf ihn in diesem Zusammenhang nicht einzugehen ist.

3) Wissenschaft I, 181.

können wir zugeben; obwohl die Moral — wie noch zu zeigen sein wird — die höchsten Ansprüche an den Menschen stellt, so richtet sie sich doch immer an den Menschen, von einem vollendeter organisierten Wesen, von einem Übermenschen in diesem Sinne, würde sie mehr verlangen können und müssen. Damit aber, daß die moralische Norm den Anlagen des Menschen konform ist, fällt doch noch nicht ihre Autonomie. Baumgarten behauptet allerdings, daß diese Art der Autonomie auch beim Recht, ja bei allem Sollen vorliege. Zur Begründung führt er an, daß es kein Sollen gäbe, das nicht in irgend einem Triebe der Menschennatur wurzele. Selbst wenn man dies zugibt (für das religiöse Sollen könnte man es bestreiten), so ist aber doch der Ausgang des Rechts von fremder Stelle, eben seine Heteronomität, damit nicht widerlegt.

Umgekehrt leugnet Laun[4]) die heteronome Natur des Rechts. Er behauptet, daß die Gebote des Rechts Gegenstand der Selbstgesetzgebung, daß sie autonom seien. Er gibt aber zu, daß die Vorschriften des positiven Rechts uns als heteronome entgegentreten (S. 7). Nur verneint er, daß dieses ein Sollen zum Inhalt hat (S. 8), es ist schlechthin Gewalt. Was wir sollen, kann uns nur unmittelbares eigenes Erleben sagen (S. 11). Wenn mein Gewissen das heteronome Gewaltrecht gebilligt hat, so wird dieses im einzelnen Anwendungsfall zum verbindlichen Recht (S. 14).

Launs Darlegungen laufen, ohne daß er dies ausdrücklich sagt, auf die bekannte Anerkennungstheorie hinaus[5]), wonach in der Anerkennung der bestehenden Rechtsordnung seitens der Rechtsgenossen ihre wahre Grundlage liegt. Das ist ihr richtiger Kern, im übrigen aber führen sie zu ganz unmöglichen Konsequenzen, so wenn Recht und Sittlichkeit als ein und dasselbe aufgefaßt werden[6]). Auch ist es schon grundsätzlich falsch, das Wesen des Gesetzes darin zu erblicken, daß es im Gewissen verpflichte. Es beansprucht Geltung ohne Rücksicht auf innere Billigung durch den Unterworfenen[7]), die allerdings bisweilen hinzutritt.

Ähnlich wie Laun behauptet auch Radbruch[8]) die Autonomie des Rechts, da eine heteronome Verpflichtung ein Widerspruch in sich sei[9]). Ja, er bestreitet auch die autonome Verpflichtung durch das sittliche Gewissen; nur die Norm, die in ihm spricht, könne mich verpflichten. Auch Radbruch führt sein Gedankengang zu einer ganz unzulässigen Vermischung von Recht und Sittlichkeit, so wenn er

4) Recht und Sittlichkeit 3 f.
5) s. vor allem 22 und 26.
6) a.a.O. S. 16 f., 29.
7) Riezler 58 f.: in Anm. 11; Enneccerus-N. § 29, III.
8) Grundzüge 54 f.; 164; Rechtsphil. 42, 78.
9) der Sache nach ebenso Binder, Phil. d. R. 354 f.; 819 ff.; 649.

meint, die rechtlichen Normen gelangten nur dadurch zur Geltung, daß die sittliche Persönlichkeit sie sich als ethische Normen aneigne. Das ist unhaltbar. Viele Rechtsnormen sind sittlich gänzlich indifferent, sodaß sie nie als ethische angeeignet werden könnten. Andere können zwar auch als ethische erfüllt werden[10]), und zwar dann, wenn ich mir ihre Erfüllung zur sittlichen Pflicht gemacht habe, aber das ist eine seltene Ausnahme. In der Mehrzahl der Fälle werden sie als rechtliche, sei es aus wirtschaftlichen, rein materiellen Gründen also, mit innerer Gleichgültigkeit, sei es nur auf angedrohten oder ausgeübten Zwang irgendwelcher Art hin erfüllt.

In etwas veränderter Form läßt schließlich Radbruch[11]) den Unterschied der Heteronomie des Rechts und der Autonomie der Moral bestehen, nämlich als einen „Unterschied nicht der verpflichtenden, sondern der den Inhalt der Verpflichtung bestimmenden Instanz", eine Formulierung, der man zustimmen kann. Mehr wird im allgemeinen bei Verwendung der Begriffe „Heteronomie des Rechts", „Autonomie der Sittlichkeit" nicht gesagt wollen.

Weigelin[12]) lehnt nicht, wie Laun und Radbruch, die Heteronomie des Rechts, sondern gerade umgekehrt die Autonomie der Sittlichkeit völlig ab. Wenn er meint, das sittliche Bewußtsein wisse nichts von einer Selbstbestimmung, das böse Gewissen rüge eine Handlung gerade deshalb, weil der Handelnde einer als übergeordnet empfundenen Norm untreu geworden ist, so schließen diese Bemerkungen die Autonomie der sittlichen Entscheidung nicht aus. Die sittlichen Werte sind objektiv gültig, ihnen eignet Absolutheit[13]), aber die Stellungnahme zu ihnen erfolgt kraft eigener autonomer Entschließung. Es ist auch Weigelin zuzugeben, daß sittliche Entscheidungen oft in Anlehnung an die überlieferten sittlichen Begriffe und Anschauungen erfolgen[14]), aber es ist eine unzulässige Verallgemeinerung seinerseits, zu behaupten, sie erfolgten niemals aus dem Inneren des Individuums selbst.

Weigelin meint ferner, die Lehre von der Autonomie der Sittlichkeit sei nicht nur psychologisch falsch, sondern sie stehe auch in Widerspruch zur Logik insofern, als ein Befehl begrifflich zwei Personen voraussetze. Binder[15]) bezeichnet dies scharf aber treffend als ein „allzu banales Argument", da Gebote garnicht anders innerlich verpflichten können, als daß ich sie mir selbst zu eigen mache.

---

10) Binder, Phil. d. R. 354.
11) Grundzüge 56.
12) a.a.O. 70 ff.
13) Somló 67.
14) Mit Recht wird von Messer, Ethik 87 f., ein solcher Gehorsam gegen Autorität, mit der das eigene Gewissen in Einklang steht, als Autonomie, nicht als Heteronomie bezeichnet. Ebenso auch Hensel 53.
15) Phil. d. Recht 819.

Im übrigen will Weigelin die Lehre von der sittlichen Autonomie dadurch ad absurdum führen, daß er behauptet, der Zweck der Sittlichkeit, das menschliche Zusammenleben zu ordnen, könne nicht erreicht werden, wenn die sittliche Selbstbestimmung des einzelnen durchgeführt würde. Falsch ist schon der Ausgangspunkt. Gewiß ordnet die Sittlichkeit das menschliche Zusammenleben. Aber es ist dies nur eine mittelbare Folge, entspricht nicht ihrem intendierten Zweck, dem einzelnen Menschen mit den höchsten Ansprüchen gegenüberzutreten. Die Aufgabe der Ordnung obliegt dem Recht und in minderem Maße der Sitte. Es ist auch nicht gerechtfertigt, daran zu zweifeln, daß das Gewissen den richtigen Weg führt[16]).

Eine beschränkte Autonomie will Weigelin aber bestehen lassen. Einmal für Umfang und Art der Erfüllung der sittlichen Pflicht, (wie er sagt, „nicht kraft eigenen Rechts, sondern kraft Ermächtigung der sittlichen Ordnung selbst", was dunkel bleibt, es liegt hier eine zu weit getriebene Analogie zur Rechtsordnung vor), sodann für die scheinbaren sittlichen Konflikte des täglichen Lebens, die darauf beruhen, daß der einzelne rein physisch nicht allen an ihn herantretenden Ansprüchen gerecht werden kann, sondern eine gewisse Wahl treffen muß[17]). Unzutreffend ist es, wenn Weigelin lehrt[18]), die echten sittlichen Konflikte müßten von den Anhängern der Lehre der Autonomie in der Moral geleugnet werden. Sehr wohl kann mein Gewissen zwei verschiedene sittliche Imperative vernehmen, gerichtet auf Verwirklichung zwei verschiedener sittlicher Werte. Es ist dann ein autonomer emotionaler Akt, der mich die Wahl zwischen ihnen treffen läßt. Es ist also ein Trugschluß, wenn man, wie Weigelin es tut, das Zusammentreffen von unvereinbaren objektiven Normen des Sittengesetzes gegen die Lehre von der Autonomie anführen zu können glaubt.

Riezler[19]) weist darauf hin, daß zwar die Heteronomie des Rechts für alles geschichtlich gewordene Recht feststehe, daß es aber nur eine ganz bestimmte Ethik ist, die die Autonomie des sittlichen Individuums anerkennt. Hierin ist ihm beizupflichten. Es ist zuzugeben, daß es andere ethische Systeme als das Kants und der von ihm Abhängigen gibt, die heteronom die Sittlichkeit aus gewissen empirischen Zwecken oder aus göttlicher Autorität herleiten.

Und aus diesem Grunde kann in der Tat in der Scheidung von Heteronomie und Autonomie[20]) kein allgemein gültiges Unterschei-

16) Messer, Ethik 86.
17) a.a.O. 88.
18) a.a.O. 87.
19) a.a.O. 70 f.
20) Auch Baumgarten, Wissenschaft I, 181 will diese Begriffe nur innerhalb der Kantschen Philosophie gelten lassen.

dungsmerkmal zwischen Recht und Sittlichkeit gefunden werden, ganz abgesehen davon, daß mit ihm die wesentlichste Verschiedenheit der beiden Normengruppen, wie wir noch sehen werden, nicht angegeben wäre.

III. Der Zwangscharakter des Rechts, das Fehlen des Zwanges im Gebiet der Sittlichkeit.

1. Der Zwangscharakter des Rechts.

Viele erblicken den Wesensunterschied zwischen Recht und Sittlichkeit in der Erzwingbarkeit des Rechts, wohingegen die Sittlichkeit nicht erzwungen werden könne. Ob die Erzwingbarkeit tatsächlich zum Begriff des Rechts gehört, ist Gegenstand einer noch immer nicht endgültig geklärten Streitfrage. Hier stehen sich die Anhänger[1]) und Gegner[2]) der sog. Zwangstheorie gegenüber[3]). Der Begriff Zwang muß hier eng gefaßt werden, er bezieht sich auf die drei bekannten Formen des Rechtszwanges: den Erfüllungs-, Ersatz- und Strafzwang, einschließlich der verschiedenen Formen, in denen die Selbsthilfe von der Rechtsordnung für zulässig erklärt ist. Ihn zusammenfassend, wie es bisweilen geschieht, als Gerichtszwang zu bezeichnen, ist nicht zu empfehlen, da auch andere Behörden den Rechtszwang ausüben, zumal zwecks Verwirklichung des öffentlichen Rechts. Andererseits braucht aber auch nicht noch besonders vom sog. Verwaltungszwang gesprochen zu werden.

Würde man den Begriff „Zwang" weiter fassen, so nähme man der Frage, ob der Zwang zum Begriff des Rechts gehört, ihren Sinn,

1) Das gesamte Naturrecht, auch Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Metaphysik der Sitten § E: „Recht und Befugnis zu zwingen, bedeuten einerlei". Ferner: Knapp, System d. Rechtsphilosophie 193 ff.; A. Lasson, System d. Rechtsphilosophie 207; Schultze, Privatrecht und Prozeß 50, 54; Jhering, Zweck im Recht I, 322; Hedemann § 9, V, 3 b; Moór, Macht, Recht, Moral 9 ff.; 15 ff.; Binder, Recht und Macht, 16 f.; Philosophie des Rechts 237 f.; 251 f.; 359, 564 f.; 649; zu Unrecht wird von Enneccerus-Nipperdey § 28, II, G. Rümelin zu den Anhängern der Zwangstheorie gerechnet. Er weist a.a.O. 337 die Zwangstheorie, wie sie bei Jhering ihren Ausdruck gefunden hat, entschieden zurück.

2) so u. a. Thon, Rechtsnorm 7; Bierling, Jur. Pr. L. I, 51; A. Merkel a.a.O. § 57; Regelsberger, Pand. 63; O. v. Gierke, Dtsch. Privatr. I, 114; Gruch. 59, 9, G. Rümelin 337; Sohm I, 2; II, 49; G. Jellinek Allg. Staatsl. 337; Triepel, Völkerrecht usw. 110; Cathrein 95; Stammler, Theorie 169; Kelsen, Hauptprobleme 212 ff.; Radbruch, Grundz. 76; Rechtsphil. 46; Somló 141 ff.; R. Schmidt 44; Max Weber 370; Riezler 64; Baumgarten, Wissensch. I, 178, Rechtsphil. 65; Enneccerus-N. § 28, II; Fehr 51 f.; Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? 36; Festg. 19; JW 30, 238; Weigelin 173; Hölscher I, 190 ff.; Merk 41.

3) Die Behauptung R. Schmidts (44), die Zwangstheorie sei heute wissenschaftlich überwunden und die Streitfrage daher erledigt, wird widerlegt durch Binders Philosophie des Rechts, in der er sich betont als Anhänger der Zwangstheorie bekennt.

da sie dann ohne weiteres zu bejahen wäre. Denn es bestehen noch — abgesehen vom Rechtszwang im genannten Sinne — die mannigfaltigsten Garantien psychischer Art für die Erfüllung der Rechtsgebote: nicht nur die Mahnungen und Drohungen des Rechts selbst gehören hierher[4]), sondern auch die verschiedenen Momente außerrechtlicher Art, die zur Erfüllung der Rechtsgebote motivierend beitragen: Furcht, Gewohnheit, öffentliche Meinung, Sitte, Anstandsregeln bestimmter Gesellschaftsklassen und Berufe, Gewissenhaftigkeit, Verantwortungsgefühl, ethische Überzeugung[5]). So kommt es denn auch, daß tatsächlich das Recht seine Herrschaft zum allergrößten Teil diesen Momenten verdankt und meist ohne gerichtlichen Zwang realisiert wird[6]).

Wenn wir nun prüfen, ob dem Recht der Zwang im Sinne der gerichtlichen, bezw. behördlichen Erzwingbarkeit stets innewohnt, so ist davon ganz abzusehen, daß die Durchsetzbarkeit der Rechtsnormen oft rein begrifflich nicht mehr möglich ist oder an tatsächlichen Hindernissen scheitert. Ersteres gilt vor allem für die nach Bindings (grundsätzlich nicht zu bestreitender) Lehre den Strafgesetzen vorausgehenden Normen; die Strafe kann sie begrifflich nicht erzwingen, da sie ja verletzt sind. Auch im Zivil- wie im öffentlichen Recht ist oft ein Erfüllungszwang bei erfolgtem Zuwiderhandeln undenkbar. Schadensersatzpflichten, Strafen und andere Rechtsnachteile (wie Nichtigkeit des Vertrages, Verfall einer Konventionalstrafe, Verwirkung eines rechtlichen Vorteils) treten an die Stelle der durch die Verletzung der Rechtspflicht unmöglich gewordenen Erfüllung. Das geschehene Unrecht kann nicht wieder ungeschehen gemacht werden.

---

4) Hier sei das von Weigelin (170 ff.) gut herausgehobene Verwirklichungsmittel des Rechts im Sinne der „obrigkeitlichen Einwirkung" kurz erwähnt: es zeige sich in drei verschiedenen Erscheinungsformen: im Zureden zur Erfüllung, in der Abnahme des Eides und in der Verkündung von sonst nicht gesicherten Rechtspflichten in der Form eines formulierten Gesetzes. Auch von anderer Seite wird häufig auf den großen Wert des bloßen Bestehens einer Rechtsnorm hingewiesen, so von Thon, Rechtsnorm 6; Jung, Natürl. Recht 170; Binder, Prozeß und Recht 104.

5) Besonders hat G. Jellinek, allg. Staatsl., 335 f. auf diese außerrechtlichen Garantien der Rechtsordnung hingewiesen; O. v. Gierke, Logos 6, 223 spricht hier von der inneren Macht des Rechts. Vgl. noch Thon 6; Schultze 52; Bierling, Jur. Prinzipienl. I, 49; Triepel 110; Kelsen, Hauptprobleme 220; Fr. Klein, Die psychischen Quellen . . . 20 ff.; Ehrlich, Soziologie 50 ff.; Hedemann § 9, V, 3 b; Binder, Prozeß und Recht, 104; Rothenbücher, Wesen des Geschichtlichen . . . 96 f.; Krückmann, Institutionen § 2, VII. Nicht beizupflichten ist diesem, wenn er dieser Tatsachen wegen der Frage, ob die Erzwingbarkeit zum Begriff des Rechts gehört, jeden Sinn abspricht. Nein, es ist nur nötig, für sie — wie oben dargelegt — den Begriff des Zwanges enger zu fassen.

6) Jung, Natürliches Recht 98 f.

Und nicht nur begrifflich, auch tatsächlich ist eine Erzwingung der Rechtsnormen oft ausgeschlossen, sei es, daß das Unrecht verborgen bleibt (die Privatrechtsverhältnisse kommen ja nur im Streitfalle und dann nur nach Maßgabe des Parteivorbringens vor die Gerichte), sei es, daß die Pfändung praktisch versagt, daß der Verpflichtete nicht zu erreichen ist oder sein Vermögen dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen verstanden hat, oder daß er sich starrsinnig weigert, die ihm obliegende Leistung zu erfüllen, sodaß dem Gläubiger nur ein oft sehr unzureichender Ersatz gewährt werden kann. Diese Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Aus ihnen allen geht hervor, daß die tatsächliche Durchsetzbarkeit der Rechtsnormen von vielerlei außerrechtlichen Faktoren verhindert werden kann. Sie ist aber auch nur eine quastio facti, keine quastio iuris und steht daher jenseits des Streites um die Zwangstheorie.

Weder an die begriffliche noch an die tatsächliche Unmöglichkeit der Durchsetzung der Rechtsnormen ist gedacht, wenn man dem Recht die Erzwingbarkeit abspricht, sondern man will damit sagen, daß es Rechtspflichten gibt, die durch keinerlei rechtliche Mittel gesichert sind.

So wird häufig behauptet, daß die Pflichten und Schranken für die obersten Organe der Staatsgewalt nicht irgendwie rechtlich gesichert seien. Dem ist in der Tat so. Durch keinerlei rechtliche Mittel kann der Monarch bezw. der Staatspräsident dazu gezwungen werden, die ordnungsgemäß zustandegekommenen Gesetze auszufertigen und zu verkünden, die Minister zu ernennen, sowie die ihm von der Verfassung gesetzten Schranken einzuhalten. Theoretisch denkbar wäre es ferner, daß die Volksvertretung sich weigert zusammenzutreten oder die Vorlagen pflichtgemäß zu beraten. Allerdings bestehen immerhin einige schwächere Rechtsgarantien: der Reichspräsident kann nach Art. 43 RV unter Umständen durch Volksabstimmung abgesetzt, bezw. nach Art. 59 ebenso wie die Reichsminister beim Staatsgerichtshof angeklagt werden.

Wenn man in jedem Wahlkampf die Parole hört: „Wahlrecht bedeutet Wahlpflicht", so ist kein Zweifel, daß rechtlich von einer wirklichen Wahlpflicht nicht gesprochen werden kann. Also bedeutet es in unserem Zusammenhange nichts, daß sie nicht erzwungen wird.

Das Völkerrecht zeigt erst in neuester Zeit schwache Ansätze zu einer organisierten Zwangsgewalt (Art. 16 der Völkerbundssatzung). Doch fehlt es hier im großen und ganzen an jeder Möglichkeit rechtlicher Erzwingbarkeit. Das hat bisweilen dazu geführt, dem Völkerrecht den Rechtscharakter abzusprechen[7]). Doch

7) so von Somló 162 ff.; Binder, Phil. d. Recht 570.

ist mit der herrschenden Meinung an ihm festzuhalten, ohne daß hier näher auf diese Frage eingegangen werden kann[8]). Das Völkerrecht steht ungefähr auf der Ebene, auf der Zivil- und Strafrecht in primitiven Zeiten standen. Selbsthilfe, Rache, Faustrecht mußten den mangels jeder Organisation nicht gewährten staatlichen Schutz ersetzen. Auch die Normen des Kirchenrechts sind im allgemeinen nicht erzwingbar, aber doch echte Rechtsnormen. Die klaglosen Naturalobligationen des Zivilrechts enthalten nur zum Teil wirkliche Rechtspflichten. So sagt § 762 BGB ausdrücklich, daß aus Spiel und Wette eine Forderung nicht begründet werde, andere aber enthalten echte Rechtspflichten. Auch abgesehen von den Naturalobligationen sind im bürgerlichen Recht mitunter Rechtspflichten normiert, die keine Schuldverhältnisse sind, daher keine Forderung und Vollstreckbarkeit gewähren[9]). Ihre Erfüllung steht jedoch unter der schwächeren Garantie, daß ihre Vernachlässigung rechtliche Nachteile verschiedenster Art zur Folge haben würde. — Der Zwangsvollstreckung sind gewisse Grenzen gesetzt. Es gibt Gegenstände, die nicht gepfändet werden können (§ 811 ZPO) und solche, die nicht gepfändet werden sollen (§ 812 ZPO), für gewisse Ansprüche ist die Zwangsvollstreckung überhaupt ausgeschlossen (§ 888 Abs. II ZPO).

Die gegebenen Beispiele nicht erzwingbarer Rechtspflichten sind keine erschöpfende Aufzählung, sie ließen sich auch nach der rechtshistorischen Seite hin ergänzen[10]). Es sei nur noch darauf hingewiesen, daß der Rechtszwang selbst wieder in Normen auflösbar ist, die den Zwang des Zwanges zum Inhalt haben. Notwendigerweise kommt man aber an bestimmten Stellen an die Grenze, wo jeder Zwang versagt und der gute Wille übrig bleibt[11]).

Aus all diesen Gründen hat man überwiegend den Zwang als Begriffsmerkmal des Rechts fallen lassen. Bisweilen findet sich die Formel, nicht der Zwang, aber die „Tendenz der Erzwingbarkeit" sei dem Rechte eigen[12]). Ob dieser Ausdruck sehr glücklich ist, mag man füglich bestreiten. Denn er verdeckt die Tatsache, daß das Recht zunächst die freie Erfüllung seiner Norm will[13]). Auch ist bei einer solchen Rechtsnorm, die nicht erzwingbar ist, die

8) Vgl. dazu Walz, Wesen des Völkerrechts . . . bes. 172 ff.

9) Vgl. Manigk, Art. Schuldverhältnisse, Handwörterbuch d. Rechtswiss. 378 f.

10) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht I, 114; Manigk, JW 30, 238; zu Unrecht zweifelnd Binder, Phil. d. Recht 248.

11) Vgl. Bierling, Jur. Prinz. L. I, 52; G. Rümelin 337; Jhering 327 ff.; Triepel 110; Enneccerus-Nipperdey § 28, II; Burckhardt, Organisation . . . 174; Petraschek 124.

12) Gierke Dtsch. Privatr. I, 114; Logos 6, 223; Regelsberger 63; Sohm I, 2; Riezler 65; Sauer, Lehrb. 224.

13) Vgl. Bierling, Jur. Prinzipienl. I, 54; Enneccerus-Nipperdey § 28, II.

Tendenz der Erzwingbarkeit nicht zu erkennen, also kann diese Tendenz kein Begriffsmerkmal des Rechts bilden[14]). Man denkt wohl auch mehr an die Rechtsordnung als Ganzes, wenn man sich dieses Ausdrucks bedient. Und so mag man ihn auch anwenden[15]). Er ist aber nicht ein schwächliches Kompromiß, was ihm Mayer[16]) ohne zureichende Begründung vorwirft.

Jedenfalls ist nicht zu bestreiten, daß der Zwang einen regelmäßigen Begleiter der Rechtsnormen darstellt[17]). Er findet sich dort, wo er möglich und nötig ist[18]), man kann auch sagen[19]), daß ein Recht um so vollkommener ist, je mehr seine Befolgung durch die Möglichkeit, äußeren Zwang anzuwenden, gesichert ist. Daher kann man sein Vorhandensein auch als Erkenntnismittel des Rechts verwenden[20]). Und es ist ganz falsch, die Bedeutung des Zwangs für das Recht, bloß weil er nicht immer da ist, zu unterschätzen. Diesen Vorwurf muß man gegen Radbruch erheben, der den Zwang des Rechts auf eine Stufe stellt mit dem rein psychologischen Zwang der Sitte[21]). Man kann auch nicht wie Somló[22]) den Zwang als F o l g e der gewöhnlichen Befolgung des Rechts bezeichnen, er ist umgekehrt gerade deren Voraussetzung.

Trotz der zahlreichen Ausnahmen wird bisweilen noch an der Zwangstheorie festgehalten. Aber die Ansichten ihrer Anhänger und Gegner stehen sich nicht so entgegengesetzt gegenüber, wie es den Anschein hat. So muß man Jhering, einem der Anhänger, vorwerfen, daß er sich in Widersprüche verwickelt und, ohne es selbst zu wissen, eigentlich schon in das Lager der Gegner übergegangen ist. Er gibt selbst zu, daß es Rechtsnormen gibt, die der Erzwingbarkeit ermangeln, und er spricht ihnen[23]) (ganz zutreffend) den Rechtscharakter aus zwei Gründen nicht ab; einmal, weil besagte Rechtsnormen nur einen kleinen Ausschnitt der im ganzen erzwingbaren Rechtsordnung darstellen, und sodann, weil sie „nach der Intention der Gesetzgebung dieselbe unweigerliche Beachtung und Geltung beanspruchen", für die bei der Mehrzahl der Rechtsnormen die Erzwingbarkeit sorgt. Jhering steht also in derselben Linie wie diejenigen

14) Vgl. Weigelin 161 f.
15) Weigelin 172 f.
16) a.a.O. 54.
17) Regelsberger 63; R. Schmidt 44; Enneccerus-Nipperdey § 28, II; Somló 143 f.; Fehr 52.
18) Enneccerus-Nipperdey § 28, II; G. Rümelin 339; Bierling, a.a.O. 54.
19) Gierke, Dtsch. Privatr. I, 114; Gruch. 59, 9; Logos 6, 223; Kahl, Lehrsystem 86; Triepel 106; Sauer, Lehrb. 224.
20) Bierling, Jur. Prinz. L. I, 53.
21) Grundzüge 76; gemildert und zutreffend in Rechtsphil. 46, auch Ehrlich 49 ff. unterschätzt die Bedeutung des Zwanges.
22) a.a.O. 144.
23) a.a.O. 329.

Gegner der Zwangstheorie, die den Zwangswillen, nicht die tatsächliche Erzwingbarkeit, für das Charakteristische des Rechts ansehen[24]). Er hätte daher nie formulieren dürfen: „Der Zwang bildet das absolute Kriterium des Rechts, ein Rechtssatz ohne Rechtszwang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet“[25]).

Der Streit der beiden Theorien geht heute eigentlich nur noch darum, ob — da es unbezweifelbare Ausnahmen gibt — der Zwang in den Begriff des Rechts aufgenommen werden könnte[26]) und wird somit dem Sinne nach ein Streit um die Methodik der juristischen Begriffsbildung. Denn daß der Zwang dem Recht wesentlich ist, daß die Rechtsidee ihn fordert[27]), wird auch von den Gegnern der Zwangstheorie betont[28]). So spricht — um noch einen zu nennen — Weigelin[29]), daß der Zwang dem Rechte lebenswichtig sei.

Wesen und Begriff auseinanderzuziehen, scheint nicht glücklich, ist aber unvermeidlich. Dieser Schwierigkeit ist man nur dann enthoben, wenn man die Aufgabe der Begriffsbildung nicht darin erblickt, von genügend großer induktiver Basis aus fortschreitend zu abstrahieren, sodaß nachher jedes einzelne vorkommende Exemplar dem so gewonnenen Begriff subsumierbar ist, sondern sie darin sieht, den Sinn eines Gegenstandes wiederzugeben. Nach letzterer Methode verfährt Binder[30]), setzt sich aber zu seiner eigenen an anderer Stelle[31]) dargelegten Forderung in Widerspruch, den Rechtsbegriff aus der Fülle der einzelnen empirischen Rechtserscheinungen abstrahierend zu gewinnen. Binder[32]) gibt die Richtigkeit der induktiven Begriffsbildung für die Allgemeinbegriffe der empirischen Rechtswissenschaft zu. Der oberste ihrer Allgemeinbegriffe ist aber doch der Begriff des Rechtes selbst[33]). Auch Hedemann[34]) bezeich-

24) Vgl. Thon XI; Stammler, Wirtschaft und Recht (1. Aufl.) 132; Lehrb. § 41 Nr. 5; Enneccerus-N. § 28, I; Fehr 52; Manigk, JW 30, 238.

25) a.a.O. 322. Eine ähnliche zu weitgehende Formulierung findet sich bei Binder, Phil. d. R. 565.

26) womit keineswegs gesagt sein soll, daß er dann das einzige Begriffsmerkmal des Rechts bildet, so zutr. Binder, Phil. d. R. 253.

27) Hedemann § 9, V, 3 b; Binder Phil. d. R. 237 f., 649; Manigk, Revolution und Aufbau d. Staates (1930), 18; dagegen Kahl 51.

28) Mayer behauptet (54) unzutreffend, es sei herrschende Lehre, den Zwang als unwesentlich für das Recht anzusehen. Er scheidet Wesen und Begriff nicht. Hölscher I, 194 f. bezeichnet den Zwang sogar als den Gegensatz des Rechts, was wir entschieden ablehnen müssen. Zutreffend betont die Wesentlichkeit des Zwangsmoments für das Recht neuestens Petraschek a.a.O. 121 ff.

29) S. 173, dem Sinne nach auch Kahl 51.

30) Phil. d. Recht 216 ff., 253, 683.

31) ebd. 223.

32) ebd. 683.

33) ebenso Beling, jede Apriorität des Rechtsbegriffs verneinend: Positivismus . . . 7 f.; Apriorität . . . 27.

34) a.a.O. § 9, V, 3 b.

net es als eine Überspannung der Logik, wegen der auch von ihm hervorgehobenen Ausnahmen dem Begriff des Rechts das Zwangsmoment zu nehmen. Aber die Logik gebietet es, nicht Momente in den Begriff eines Gegenstandes aufzunehmen, die bei den einzelnen Verwirklichungen desselben mitunter fehlen. Daraus erklärt sich ja die große Schwierigkeit der Begriffsbestimmungen. So darf man, um ein bekanntes Schulbeispiel zu erwähnen, in den Begriff des Tisches nicht das Merkmal der „vier Beine" mitaufnehmen, da es auch drei-, sechs- etc. beinige Tische gibt.

Fassen wir das Ergebnis unserer Betrachtungen zusammen: Der Zwang gehört zwar nicht zum Begriff des Rechts, aber er macht sein Wesen aus, nur den Zwangswillen kann man als Moment des Rechtsbegriffs ansprechen. In diesem Sinne mag man denn auch, wie es oft geschieht, das Recht kurz als Zwangsordnung bezeichnen.

2. Das Fehlen des Zwanges im Gebiet der Sittlichkeit.

Es ist noch zu untersuchen, ob die Sittlichkeit in dem Sinne, wie es beim Recht wenigstens regelmäßig der Fall ist, mit äußeren Mitteln erzwungen werden kann. Diese Frage ist entschieden zu verneinen[1]). Die Sittlichkeit setzt die Freiheit der selbstverantwortlichen Persönlichkeit voraus[2]). Die Sittlichkeit will sich den Menschen in freier innerer Entscheidung unterwerfen. Nur dann vermag sie ihr Ziel zu erreichen. Dabei ist aber zu beachten, daß sie selbst majestätisch in unbedingter Weise gebietet. Ihr Imperativ, wie er auch formuliert werden mag, ist stets ein kategorischer. Im übrigen aber ist festzustellen, daß auch die Sittlichkeit des psychischen Zwanges nicht ganz entbehrt, sich seiner oft sogar in sehr starkem Maße bedient. Der Zwang, den das Gewissen auf den menschlichen Willen ausübt, kann von unwiderstehlicher Gewalt sein[3]). Dazu tritt noch in vielen Fällen derjenige psychische Zwang, der von den verschiedensten Faktoren der menschlichen Um- und Mitwelt ausgeht, so die Scheu vor gesellschaftlicher Ächtung, vor den sog. „Strafen der öffentlichen Meinung"[4]). Es wäre aber falsch, daraus zu schließen, also bediene sich auch die Sittlichkeit des Zwanges zu ihrer Verwirklichung. Man darf hier selbstverständlich keinen anderen Zwangsbegriff anwenden, als es bei der Untersuchung, ob für das Recht der

1) Das ist auch unstreitig. Vgl. Gierke, Dtsch. Privatrecht I, 15; Logos 6, 224; Radbruch, Einf. 18, Grundzüge 119 f., Rechtsphilosophie 60; Somló 144; Mayer 62; Giese 20; Binder, Phil. d. Rechts 805, 811; Manigk, Festgabe 19; Revolution 17.

2) womit das besondere noch immer sehr umstrittene Problem der Willensfreiheit nicht berührt sei.

3) Gierke, Logos 6, 223; Regelsberger 63.

4) Riezler 66; Weigelin 160.

Zwang ein Begriffsmerkmal bildet, geschehen ist. Darüber hinaus ist Manigk[5]) beizupflichten, wenn er betont, daß der Idee des Sittengesetzes auch jeder bloß mittelbare Zwang widerspricht. Denn die Sittlichkeit braucht auf menschliche Schwächen keine Rücksichten zu nehmen, sie fordert ja gerade, daß sie überwunden werden. Insofern ist es nicht ganz zutreffend, wenn Baumgarten[6]) schlechthin behauptet, der menschliche Wille tue nichts umsonst, man müsse ihm mit Drohungen oder Verheißungen entgegenkommen. Gewiß, zuzugeben ist, daß oft so verfahren wird, aber Manigk[7]) hat sehr richtig betont, daß damit schon die absolute Sphäre der Sittlichkeit verlassen ist. Denn es entspricht doch gerade der Ethik, eine Tat nur um ihrer selbst willen zu tun.

Baumgarten[8]) tritt im übrigen auch der herrschenden Meinung entgegen, wenn diese meint, der Zwang sei mit dem Wesen der Moral unverträglich. Zur Begründung führt er an, es gäbe „eine ganze Reihe von moralischen Pflichten, für deren Erfüllung mit allen Mitteln, sei es nötigenfalls auch mit äußerem Zwang, Sorge zu tragen an und für sich als durchaus moralisch gelten darf". Das ist aber keine Begründung seiner abweichenden Ansicht, sondern eine Problemverschiebung. Denn es ist etwas ganz anderes zu fragen, ob der Zwang mit der Moral verträglich sei, als eine Untersuchung darüber, ob die Moral gebieten kann, zur Erfüllung sittlicher Pflichten mittels äußeren Zwanges anzuhalten. Ein Beispiel möge diesen Unterschied verdeutlichen:

Den badenden A verlassen seine Kräfte. Er ruft vom Fluß aus nach der Badeanstalt um Hilfe. B und C bemerken es. B, ein eifriger Schwimmer, verspürt keine Neigung, des A halber noch einmal in das Wasser zu gehen. C, der selbst des Schwimmens unkundig ist, stößt kurz entschlossen den B mit Gewalt ins Wasser und veranlaßt ihn auf diese Weise, dem A nachzuschwimmen und ihn zu retten.

Hier hat B die ihm eigentlich obliegende sittliche Pflicht, dem A beizustehen, nicht als sittliche erfüllt. C aber, der unmittelbar den A nicht retten konnte, hat dadurch, daß er B mit Gewalt veranlaßte, dem A zu Hilfe zu kommen, moralisch gehandelt.

Baumgarten gibt aber selbst im unmittelbaren Anschluß an die angeführte Stelle zu, daß die moralische Ordnung nicht einmal teilweise Zwangscharakter trage. Er leitet diese Tatsache aber merkwürdigerweise nicht aus dem Wesen der Moral ab, sondern daraus, daß die moralische Ordnung keine geltende sei. Darüber aber kann

5) Festgabe 19.
6) Wissenschaft vom Recht I, 182.
7) Festgabe 19.
8) Wissenschaft I, 178 f.

man sehr verschiedener Meinung sein. Zunächst besitzt die Sittlichkeit Geltung im philosophischen Sinne [9]), im Sinne idealer Richtigkeit und Notwendigkeit. Aber auch die wirkliche soziale Geltung kommt der Sittlichkeit mitunter zu, nämlich dann, wenn sie die Höhe des sittlichen Ideals verlassen hat und zur empirischen Moral geworden ist, die bei einem bestimmten Volk in einer bestimmten Zeit in Anerkennung steht und regelmäßig befolgt wird.

Es muß also daran festgehalten werden, daß äußerer Zwang dem Wesen der Sittlichkeit widerspricht. Nur die Erziehung zur Sittlichkeit bedient sich mitunter äußerer Zwangsmittel [10]). Aber doch nur als Mittel zum Zweck: um die Freiheit der sittlichen Persönlichkeit heranzubilden. Und es war der große Irrtum des Polizeistaates, Sittlichkeit landesväterlich wohlwollend erzwingen zu wollen [11]). Sittliche Handlungen wurden auf diese Weise nicht erzielt.

Wir hatten oben festgestellt, daß der Zwang zwar nicht zum Begriff des Rechts, wohl aber zu seinem Wesen gehört. Und nun sahen wir, daß die Freiheit von jedem äußeren Zwang für die Sittlichkeit charakteristisch ist. Damit ist ein grundlegendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Recht und Sittlichkeit gewonnen, das durch die folgende Untersuchung noch mehr verdeutlicht werden wird.

IV. Recht und Sittlichkeit im Verhältnis zur Wirklichkeit.

1, Die Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts.

Fragen wir nämlich: warum soll und kann das Recht zwingen? Weil es seine Aufgabe ist, die uns umgebende Wirklichkeit wirksam zu ordnen. Dazu aber ist Zwangsgewalt unentbehrlich, da der Mensch nun einmal nicht als sittlich vollkommenes Wesen existiert. Dieses Moment des Rechts ist gegenüber den anderen sekundären Momenten bisher viel zu wenig betont worden. Es ist Manigks [1]) Verdienst, es immer wieder hervorgehoben zu haben. Gelegentlich ist auch von anderen Autoren [2]) darauf hingewiesen worden. So ist vor allem Binder [3]) zustimmen, wenn er ausführt, daß die Rechtsordnung schon in ihrer Idee nicht den idealen, sondern den wirklichen Menschen voraussetzt, und daß das Recht entbehrlich wäre, wenn es diesen mit all seinen Schwächen nicht gäbe. Lediglich einige

9) sie hat z. B. Gierke im Auge, Logos 6, 224: „Auch die sittlichen Normen beanspruchen unbedingte Geltung".

10) darauf macht Gierke ebd. aufmerksam.

11) Vgl. Beling, Rechtswissenschaft und Rechtsphil. 28; Radbruch, Grundzüge 120.

1) JW 23, 487; Wie stehen wir heute . . . 36 ff.; Festgabe 18 f.; Artikel: Formalismus, Handw. B. d. Rechtswiss. 474; Revolution 17 ff.

2) Vgl. Riezler 69; Beling, Rechtswiss. 26; Giese 16.

3) Phil. d. Rechts 358, 648, 829.

wenige technische Rechtssätze, deren Sosein nichts, deren Dasein alles bedeutet, z. B. die Vorschriften darüber, nach welcher Seite zu fahren und nach welcher auszuweichen ist, wären allerdings auch dann notwendig [4]).

Das Verhältnis des Rechts zur Wirklichkeit ist aber ein gegenseitiges, die Wirklichkeit wirkt ihrerseits wieder auf das Recht zurück und formt es nach ihrem Bilde. Schon in seinem Entstehungsprozeß stützt sich das Recht auf die im Volk bisher lebendigen Regeln des gesellschaftlichen Verkehrs [5]). Schon hier spielen die konkreten Bedingungen der Zeit, des Volkes, der geographischen Lage, der Wirtschaft usw. ihre entscheidende Rolle. Sie behalten ihren Einfluß auch in der Folgezeit des sich weiter entwickelnden Rechts. Gewiß, Spannungen zwischen den Eigengesetzlichkeiten der verschiedenen Lebensgebiete und der Rechtsordnung lassen sich nicht vermeiden. Doch hat der Gesetzgeber rechtzeitig darauf zu achten, daß sie nicht zu groß werden [6]). Vor allem darf er sie nicht auf die Dauer übersehen. Einmal muß er sich dazu bequemen, ihnen Rechnung zu tragen. Sonst besteht die Gefahr, daß das Leben selbst in Empörung und Umsturz sich Luft macht. Das mag mitunter lange dauern, aber einmal wird es geschehen. Es kommt auch vor, daß das Leben sehr bald revoltiert und die schwachen Ansätze des Gesetzgebers, seinen Forderungen entgegenzukommen, im Sturme hinwegfegt. In diesem Sinne ist ganz richtig gesagt worden [7]), daß grundsätzlich jede Revolution hätte vermieden werden können. Es genügt nicht, daß eine Rechtsordnung etwas als gewollt erklärt, sie muß es auch durchführen können. So kann man mit Recht, wie Manigk es getan hat [8]), Wollen und Können als die eigentlichen Elemente jeder Rechtsordnung bezeichnen. Sie sind nicht nur im Ganzen des Rechtssystems maßgebend, sondern auch in jedem einzelnen Rechtssatz. Sei es, daß dieser von allem Anfang an papiernes Recht bleibt und das Leben andere Wege geht, sei es, daß später der Gerichtsgebrauch an ihm nicht mehr festhält und das in Bildung begriffene derogierende Gewohnheitsrecht sanktioniert [9]).

Dieser Sachverhalt ist von Manigk [10]) in den knappen Satz zusammengefaßt worden: „Das Recht stirbt am Widerstand der

4) Vgl. Radbruch, Grundzüge 172; Rechtsphil. 74; Marschall von Bieberstein 115 ff.
5) R. Schmidt 46.
6) Vgl. auch Mezger, Rechtsquelle 35; Merk 42 ff.
7) Manigk, Revolution 20.
8) Festgabe 22, Revolution 20.
9) Auf Grund dieser Zusammenhänge kann man mit Recht die Gewohnheit — soweit aus ihr neues Recht entspringt — als eine konservative Revolution bezeichnen. So Moór 18.
10) Wie stehen wir heute . . . 38.

Wirklichkeit". Gegen diese Äußerung hat Fehr[11]) Widerspruch erhoben. Er nennt sie unverständlich und meint, sie könne nur auf die falsche Vorstellung zurückgehen, das Recht sei die äußere Ordnung des Soziallebens. Abgesehen davon, daß wir die Manigksche Ansicht für sehr verständlich und eigentlich für so evident halten, daß sie näherer Beweise nicht mehr bedarf, ist an der Kritik Fehrs zweierlei falsch. Einmal ist nicht einzusehen, inwiefern die von ihm bekämpfte Ansicht sich „nur" auf die Ansicht gründen könne, das Recht sei die äußere Ordnung des sozialen Lebens. Sodann vertritt gerade Manigk diese Ansicht nicht, sondern weist sie ausdrücklich zurück[12]). Anstatt also Manigks These mit Gründen zu widerlegen, macht es sich Fehr zu einfach, sie als unverständlich zu bezeichnen, sie auf eine Vorstellung zurückzuführen, mit der sie nichts zu tun hat, und die überdies von Manigk selbst gleichfalls abgelehnt wird.

Mit der dargelegten Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts hängt es auf das engste zusammen, daß das Recht von den einzelnen Rechtsgenossen nur das ihnen Zumutbare fordern darf[13]). Das gleiche gilt für den Richter, sofern ihm Auslegung von Gesetz und Vertrag freie Hand lassen. Das Maß des Zumutbaren hängt natürlich von vielerlei Faktoren, in erster Linie von Zeit, Ort, kultureller Situation, Volkscharakter usw. ab und ist auch selbst der Entwicklung unterworfen. In unserer letzten bewegten Vergangenheit, der Inflationszeit, war die Formel: „Es ist dem Kläger (bezw. dem Beklagten) nicht zuzumuten", schon ständig wiederkehrende Wendung eines großen Teiles der erlassenen Urteile geworden. Ein Rechtsidealismus in dem Sinne, daß das Recht Forderungen stellt, die über das Zumutbare hinausgehen, läßt sich für die Dauer nicht aufrechterhalten. Denn nur das Zumutbare kann auch notfalls mit Gewalt erzwungen werden. Höchste sittliche Forderungen, etwa die, sein Herz nicht an das Eigentum zu hängen, sind nicht fähig, in Rechtssätze einzugehen. Wird es dennoch versucht, so lehnt sich das Leben in der schon geschilderten Weise dagegen auf. „Zur Menschenliebe kann rechtlich niemand gezwungen werden"[14]). Aber das Recht erzieht zur Sittlichkeit.

---

11) a.a.O. S. 59.

12) Festgabe 15.

13) Manigk, Wie stehen wir heute . . . 36 f., Festgabe 20, Revolution 19. Art. Interesse, Handw. B. d. Rechtswiss. 306; Art. Formalismus ebd. 480, 490; JW 30, 235; Beling, Rechtswiss. 27 f.; Weigelin 54; Baumgarten, Rechtsphil. 66.

14) Manigk, Wie stehen wir heute . . . 37; Gierke, Logos 6, 233; siehe auch R. Schmidt 50.

Aus der Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts erwächst für den Gesetzgeber der kategorische Imperativ, das Recht nach dem Prinzip der Zweckmäßigkeit zu gestalten[15]).

2. Die Aufgabe der Sittlichkeit.

Welches ist gegenüber der Aufgabe des Rechts und seiner sich aus ihr ergebenden Wirklichkeitsgebundenheit die Aufgabe der Sittlichkeit? Sie ist einfacher und schwieriger zugleich.

Einfacher nämlich in der Formulierung: die Sittlichkeit mutet dem Menschen das Höchste zu[1]), wie es namentlich in vielen Stellen der Heiligen Schrift ausgesprochen ist. Sie ist nicht irdisch bedingt[2]), der Mensch hat im Gegenteil sich von allem Irdischen freizumachen und über sich selbst hinauszustreben nach der Vollkommenheit[3]). „Keiner sei gleich dem andern, doch gleich sei jeder dem Höchsten! Wie das zu machen, es sei jeder vollendet in sich". Eine kasuistische Morallehre ist aus dieser Idee der Sittlichkeit nicht ableitbar[4]). Die Sittlichkeit und ihre Normen können daher auch warten, bis der Mensch ihnen nahe kommt[5]). Ihr Wesen wird durch eine ihr nicht entsprechende Wirklichkeit nicht berührt. Von einer Gebundenheit an die Wirklichkeit, wie sie beim Recht festgestellt wurde, ist bei der Sittlichkeit keine Rede. Daher ist auch für sie kein besonderes Postulat der Zweckmäßigkeit aufzustellen[6]).

Die Aufgabe der Sittlichkeit ist andererseits schwieriger als die des Rechts, nämlich in ihrer Erfüllung. Es ist viel leichter, die Gebote des Rechts zu befolgen und mit dem Gesetz nicht in Konflikt zu kommen, als den Anforderungen der Sittlichkeit zu entsprechen. Diese sind vielmehr eine unendliche Aufgabe[7]); ganz wird ihre Lösung nie gelingen.

Neben der Ethik des einzelnen, frei auf sich gestellten Individuums (mit dem wichtigen Postulat, sittliche Entscheidungen des andern zu respektieren[8]) besteht noch das, was man häufig als empirische Moral bezeichnet, nämlich ein mehr oder minder traditionell bedingter erprobter Bestand an sittlichen Regeln, der bei dem jeweils in Frage stehenden Volk in gesellschaftlicher Geltung

15) Vgl. Manigk, Festgabe 22; Giese 16.
1) so Manigk, Wie stehen wir heute . . . 36; Revolution 19; Mayer 62.
2) Beling, Krit. Vierteljahrsschr. 57, 59.
3) G. Rümelin 348; Baumgarten Wiss. I, 182 f.; Manigk Festgabe 18; Giese 20.
4) Manigk, Festgabe 18; Sohm II, 49; Sauer, JW 28, 44.
5) Manigk, Wie stehen wir heute . . . 37 f.
6) Manigk, Festgabe 22.
7) Beling, Rechtswiss. 26; Sauer, JW 28, 44.
8) R. Schmidt 38.

steht[9]). Das hat Riezler im Auge, wenn er leugnet[10]), daß es eine absolute vom jeweiligen Kulturzustand unabhängige Ethik gibt. Genauer meint Beling[11]), daß nicht der Sittlichkeitskodex selbst, sondern die sittlichen Vorstellungen der Menschen irgisch bedingt seien. Im gleichen Sinne setzt Messer[12]) in Anlehnung an Nicolai Hartmann die überzeitlichen und übergeschichtlichen Werte in Gegensatz zu dem sich verschiebenden Wertbewußtsein der Menschen. Zutreffend betont Mayer[13]), daß hier der Unterschied von normativer und ontologischer Betrachtungsweise vorliege.

Kann man nun sagen, ausgehend von der Erkenntnis der großen Bedeutung der empirischen Moral, Sittlichkeit sei stets nur für den in der Gesellschaft lebenden Menschen möglich? Es ist tatsächlich schon bestritten worden, daß beispielsweise für einen Robinson überhaupt sittliche Forderungen beständen[14]). Man kann jedoch Weigelin hierin nicht zustimmen. Es ergeben sich auch für einen Robinson eine ganze Reihe sittlicher Forderungen, gerichtet zumal an sein Willens- und Gefühlsleben, so z. B. nicht zu verzweifeln, das Seine zu tun, um geistig und körperlich nicht zu verkommen, Grausamkeiten gegen Tiere zu unterlassen usw. Weigelin hat aus doppeltem Grunde unrecht, wenn er ausführt: „Handlungen eines solchen Einsamen, welche im Falle ihrer Wahrnehmung das sittliche Gefühl verletzen würden wie z. B. Tierquälerei, können nur als durch die Religion verboten angesehen werden". Denn einmal kommt es bei der Bewertung einer sittlichen Handlung nicht oder wenigstens nicht in erster Linie auf die sittliche Beurteilung durch andere, also auf eventuelle Verletzung des sittlichen Gefühls an, sondern auf die Stimme des eigenen Gewissens, sodann aber gibt es auch Religionen, denen das Verhalten des Menschen zu Tieren gleichgültig ist, bezw. solche, die Grausamkeiten gegenüber gewissen Tieren sogar für religiöse Pflicht halten. Weigelins Ansicht ist begreiflich von seiner Grundposition aus. Er ist in einseitiger Weise lediglich auf die empirische Moral eingestellt[15]). Es soll ihm nicht bestritten werden[16]), daß

---

9) Vgl. u. a. Schmoller 43 ff.; F. Klein 35 f.; Ehrlich 65; R. Schmidt 38; Binder, Phil. d. R. 814 f., 832; Vierkandt 533 f. — Etwas anderes, nämlich Engeres, ist gemeint, wenn man von der Sozialethik spricht. Sie umfaßt diejenigen sittlichen Forderungen, die speziell aus der Tatsache des Zusammenlebens des Individuums mit anderen erwachsen und sich daher auf das soziale Leben selbst beziehen.

10) a.a.O. 58.

11) Krit. Vierteljahrsschr. 57, 59.

12) Wertphilosophie 16 f.

13) a.a.O. 47.

14) Weigelin 39; den gegenteiligen Standpunkt vertreten Radbruch, Einf. 19; Binder, Phil. d. R. 264, 806; Mezger, Ger.S. 94, 439 f.; Marschall 51; Hölscher I, 210.

15) s. namentlich S. 58, 98 f., 143.

16) wie Weigelin im Vorwort VII hervorhebt.

diese Betrachtungsweise bisher allzu sehr vernachlässigt wurde; er hat auch recht mit der Bemerkung[17]), daß die Scheu vor dem sittlichen Tadel der anderen ein wesentliches Fundament des sittlichen Gebäudes darstellt, doch darf das alles nicht dazu führen, die Bedeutung des majestätisch-strengen Sittengesetzes, seine „überempirische Herrlichkeit“[18]) zu verkleinern. Das geschieht aber mit dem Satz Weigelins[19]): „Sittliche Ideale und sittliche Forderungen des Sittengesetzes sind nicht dasselbe“. Die richtige Auffassung scheint uns die, daß sich sowohl aus dem feststehenden nur in sich selbst gründenden Sittengesetz (maßgebend ist noch immer Kants klassische Formulierung) wie aus der wandelbaren und, wie hinzuzufügen ist, milderen empirischen Moral sittliche Forderungen ergeben. Weigelins ausschließliche Betonung der empirischen Moral führt, wie man auch deutlich aus seinen Beispielen erkennen kann, dazu, die sittlichen Anforderungen geringer zu spannen, da es ja genüge, dem zu entsprechen, was „man“ tut. So wagt Weigelin die Behauptung[20]): „Wenn unsittliche Handlungen wirklich die Regel werden, so hören sie damit auf, unsittlich zu sein“. Weigelin scheint aber selbst die Gefahr seiner Auffassung, nämlich eine Veräußerlichung der Moral zu sehen. So will er[21]) von einem sittlichen Verdienst nur dann reden, wenn einer mehr leistet, als das Sittengesetz von ihm verlangt. Danach ist es also nicht sittlich, dem Sittengesetz zu entsprechen!! — Da der einzelne nicht allen zahlreichen und verschiedenartigen Anforderungen des Lebens in gleicher Weise und zu gleicher Zeit nachkommen kann, sondern ihm eine autonome Wahl in gewissen Grenzen obliegt, hat Weigelin recht[22]), wenn er in diesem Zusammenhang sagt: „Die Moral verlangt nicht das Unmögliche“, bedenklich und zumindest irreführenden Deutungen Raum gebend ist aber die andere Formulierung[23]): „Die Moral muß sich, wie jede menschliche Ordnung, auf das Erreichbare beschränken“. Außerdem verkennt Weigelin noch insofern das spezifische Wesen des Sittlichen, als er behauptet[24]), das Sittengesetz wolle das menschliche Zusammenleben ordnen. Es ist zuzugeben, daß die empirische Moral mittelbar auch diese Funktion erfüllt; der Idee des Sittengesetzes, den einzelnen Menschen zu vervollkommenen, entspricht diese Aufgabe aber nicht. Auch hier ist wieder die Tendenz Weigelins zu erkennen, Recht und Sittlichkeit in übertriebener Weise einander anzugleichen, was beson-

17) a.a.O. S. 129.
18) Beling, Rechtswissenschaft 26.
19) a.a.O. S. 58.
20) a.a.O. S. 132.
21) a.a.O. S. 67.
22) a.a.O. S. 88.
23) a.a.O. S. 97.
24) a.a.O. S. 72.

ders deutlich wird, wenn er meint[25]), Recht und Sittlichkeit verfolgten den gleichen Zweck, und die Tatsache, daß das Recht „nicht immer so weitgehende Forderungen" aufstelle wie die Moral, rühre nur daher, daß die Verwirklichungsmittel des Rechts gröber und schwerfälliger seien und daher nicht in allen Fällen Anwendung finden könnten. Demgegenüber ist festzustellen, daß die Bescheidenheit des Rechts in dem, was es fordert, gerade von der spezifisch anderen Aufgabe des Rechts herkommt. Aus den Verwirklichungsmitteln darf man nichts ableiten, sie sind etwas Sekundäres, erst Hinzutretendes. Außerdem fragt es sich sehr, ob man bei der Sittlichkeit überhaupt von besonderen Verwirklichungsmitteln sprechen kann. Ist nicht hier die Stimme des Gewissens das einzige, was man allenfalls so nennen könnte? In der empirischen Moral ist es allerdings anders, und an sie denkt Weigelin so gut wie ausschließlich.

V. Die Geltung des Rechts und die Geltung der Sittlichkeit.

Aus den voneinander verschiedenen Aufgaben des Rechts und der Sittlichkeit ergeben sich eine ganze Reihe weiterer Unterschiede beider Normengebiete.

Zunächst hängt es auf das engste mit der Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts zusammen, daß es nur geltendes Recht gibt. Was will man damit sagen? Der Sinn des Satzes ist in der Tat mehrdeutig. Es muß untersucht werden, was man meint, wenn man von „geltendem Recht", von „Rechtsgeltung", von „Recht mit Geltungsanspruch" usw. spricht. Man redet auch in wissenschaftlichen Erörterungen des Geltungsproblems häufig aneinander vorbei, bloß weil man von ganz verschiedenen Geltungsbegriffen ausgegangen ist. Zu scheiden ist:

1. Der juristische (formale) Geltungsbegriff[1]).

Ihn hat man im Auge, wenn es z. B. heißt: „Seit dem 1. Januar 1900 ist das Bürgerliche Gesetzbuch in Deutschland geltendes Recht". So kann man sagen, daß eine bestimmte Polizeiverordnung noch gilt, da der Tag ihres Außerkrafttretens, in ihrem letzten Paragraphen

25) a.a.O. S. 186 f., er bezeichnet dies sogar als herrsch. Meinung (?!).

1) Vgl. etwa Radbruch, Grundzüge 159, 162; ders. Rechtsphilosophie 77; Emge, Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 14, 150 f.; ders. Vorschule 83 f.; er bezeichnet ihn Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 14, 277 und Vorschule 92 als immanenten Geltungsbegriff. Manigk, Savigny 117, der hier auch von indirekter Geltung spricht; Kelsen, Hauptprobleme 353; Binder, Phil. d. R. 749 f., aber nicht scharf genug die juristische Geltung von der später zu besprechenden soziologischen Geltung scheidend. Der gleiche Vorwurf trifft auch auf Stammler zu, s. etwa Theorie 114 ff.

ausdrücklich genannt, erst noch bevorsteht. Hier scheint nichts problematisch zu sein. Gewiß, im allgemeinen wird es auch klar, bezw. leicht festzustellen sein, ob ein bestimmter Rechtssatz geltendes Recht in diesem Sinne ist. Aber im Einzelfalle können sich mitunter doch Schwierigkeiten ergeben, z. B. wenn man die juristische Geltung einer Rechtsverordnung zu untersuchen hat. Findet man kein Gesetz, das sie zuläßt, so muß sie im modernen Rechtsstaat zumindest in der Verfassung ihre Stütze haben, eine Stütze, die bisweilen zweifelhaft sein kann. Mit dem Zurückführen eines Rechtssatzes auf die Verfassung sind wir, was seine juristische Geltung anlangt, am Ende. Juristisch ist die Geltung der Verfassung selbst nicht weiter ableitbar. Auch die Wiener Schule der reinen Rechtslehre, sonst alles Metajuristische verbannend, kommt hier in der sog. Stufentheorie zur Annahme einer rein hypothetischen Grund- oder Ursprungsnorm, der Verfassung im rechtslogischen Sinn, auf die sie die rechtliche Geltung der Verfassung zurückführen will[2]) (auf dem Wege über den Primat des Völkerrechts).

Geltung in diesem Sinne gehört. wie von Binder[3]) richtig bemerkt wird, zum Begriff des Rechts und ist mit dessen sog. Positivität identisch. Das geltende Recht ist positives Recht, das positive Recht ist das geltende. Man kann daher auch mit Grund von einer Tautologie bezw. einem Pleonasmus sprechen[4]).

Es versteht sich von selbst, daß die bis jetzt allein erörterte Form der Geltung, die juristisch-technische, auch nur dem Recht und nicht der Sittlichkeit zukommt.

2. Der soziologische Geltungsbegriff.

Er betrachtet kritisch[1]) die tatsächliche Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit einer Rechtsnorm, nicht ihre formell-juristische Geltung. Er zeigt auf, daß gewisse Rechtssätze, deren juristische Geltung nicht zu bezweifeln ist, niemals lebendes Recht wurden, sondern papiernes Recht blieben oder bald dazu wurden, z. B. § 1377, Abs. II BGB, daß andererseits eine Rechtsordnung nur dann ihren Zweck erfüllt, wenn

2) Vgl. Kelsen, Problem d. Souveränität 94 ff.; Hauptprobleme XIV ff.; Allgem. Staats. 104, 123 ff. 248 ff.; Soziol. und jursit. Staatsbegriff 92 ff. Die philosoph. Grundlagen 20.

3) Phil. d. Recht 749; ebenso wohl Jung, Natürl. R. 260 f.

4) so Mayer 57; Beling, Rechtswiss. 14 f., Apriorität 28; Somló 130; Bergbohm 49 (doch verkennt er die Mehrdeutigkeit des Geltungsbegriffs).

1) außer den Autoren der folgenden Anmerkungen vgl. G. Jellinek, Allgem. Staatsl. 333 f.; W. Jellinek, Gesetz . . . 23; A. Merkel § 49; Jung, Natürl. Recht 100 ff., 144 ff.; Arch. Ziv. Pr. 118, 16, 19; Fr. Klein 72 ff.; Ehrlich 293 f.; Huber 388; R. Schmidt 13 f., 46 ff.; Emge, Arch. 14, 151; ders. Vorschule 84 f.; ders. Geschichte 66 ff.; M. Weber 368; Rothenbücher 93 f., 99 ff.; Marschall 85 ff.; Schönfeld, Rechtserkenntnis 58, 76; E. v. Hippel 27 ff., Petraschek 145 ff.

sie in der Regel der Fälle befolgt wird. Diese soziale Geltung bildet das rechtsphilosophische Problem[2]). Man spricht statt von soziologischer oder sozialer auch von wirklicher, empirischer, direkter, psychologischer, materieller Geltung. Vor allem wird nach dem Grunde dieser Geltung gefragt[3]). Man erblickt ihn teilweise in der Macht des Gesetzgebers (sog. Machttheorie), hierin allein kann er aber nicht liegen. Hinzukommen muß noch die Anerkennung seitens der Rechtsgenossen (sog. Anerkennungstheorie). Begründet wurde sie von Bierling[4]). Trotz vieler Anfeindungen[5]), z. B. daß Kinder und Geisteskranke nicht anerkennen könnten (kommt es darauf an?), ist sie, wenn auch nach dieser oder jener Richtung hin modifiziert, herrschend geworden. So spricht z. B. Mezger[6]) im Anschluß an G. Jellinek von der normativen Kraft des Faktischen als der Rechtsquelle, auf die Gesetz und Gewohnheit zurückgehen. Im gleichen Sinne bezeichnet Beling[7]) die Volksüberzeugung als die einzige Rechtsquelle. Im übrigen engt er die Bierlingsche Anerkennungstheorie nach zwei Richtungen ein: es komme nur auf die Wertungen der tonangebenden Schicht an. Dem stimmen wir zu. Dagegen erscheint es uns fraglich, ob, wie Beling behauptet, eine Anerkennung der Normierungsinhalte nicht erforderlich sei und eine blankettartige Anerkennung des von bestimmten Personen Verordneten genüge.

Die Anerkennung kann sich bisweilen zum fanatischen Willen zur Durchsetzung der Rechtsbefehle steigern, sie kann andererseits aber auch im Rechtsgehorsam aus Nachahmungstrieb, bloßer Gewohnheit oder Gleichgültigkeit bestehen[8]). In dieser Anerkennung (im weiten Sinn genommen) liegt die Wurzel jeden Rechts. Wir sahen ja schon oben, daß dem Gesetzgeber sowohl Wollen wie Können zur Seite stehen muß, und daß er die wesensmäßig immer gegebenen Spannungen der Rechtsordnung zur Wirklichkeit des sozialen Lebens nicht zu groß werden lassen darf, da anderenfalls diese die Fesseln des formell geltenden Rechts sprengt und sich ein

---

2) Mayer 57.

3) Die Unmöglichkeit, diese Frage zu lösen, behauptet Burckhardt, Organisation 163 ff., zumal 193.

4) Jur. Prinzipienl. I, 40 ff.

5) zumal von Kelsen, Hauptprobleme 350 ff., gut erwidert von Bierling, Jur. Prinzipienl. V, 189 ff.

6) Rechtsquelle 36 f.

7) Vom Positivismus 9 ff.

8) Treffend weist Radbruch, Rechtsphilosophie 80 (vgl. auch Bierling, Jur. Prinzipienlehre V, 200; Brodmann, Recht und Gewalt 102, Marschall 90) auf den paradoxen Sachverhalt hin, daß oft der Verbrecher durch seine Tat die Rechtsordnung, die er verletzt, anerkennt: er stiehlt, um bei sich selbst Eigentum zu begründen, er fälscht eine Urkunde, um seinerseits ihres öffentlichen Glaubens teilhaftig zu werden u. a. m.

neues Recht schafft, dem sie die materielle Geltung nicht zu versagen braucht[9]). Daher kann man mit Recht sagen[10]), es gibt nur geltendes, d. h. tatsächlich durchführbares und durchgeführtes Recht. Trotzdem aber gehört diese Art der Geltung nicht zum Begriff des Rechts, denn sie kommt nicht jedem einzelnen Rechtssatz zu[11]). Es genügt die Durchsetzung der Rechtsordnung im Durchschnitt der Fälle[12]).

Die gedankliche Rechtfertigung dieser Geltung erblickt Radbruch[13]) in der Rechtssicherheit, die nur von einer solchen Rechtsordnung gewährt werden kann, die sich hat durchsetzen können. Er führt ein Wort Goethes an: „Es ist besser, es geschieht dir Unrecht, als die Welt sei ohne Gesetz", und ein Wort Kants: „Wer nicht Macht genug hat, einen jeden im Volke gegen den anderen zu schützen, hat auch nicht das Recht, ihm zu befehlen". Radbruch bezeichnet diese Zurückführung der Rechtsgeltung auf das Interesse eines jeden Rechtsgenossen an der Rechtssicherheit als „philosophische Geltungslehre". Wir hingegen vermögen in der Herausstellung der wahren und ursprünglichsten Interessen der Rechtsunterworfenen nur eine Vertiefung der soziologischen Geltungslehre zu erblicken und wollen von philosophischer Geltung in einem anderen Sinne sprechen (vgl. unter 3). Das gleiche wie Radbruch hat Binder[14]) im Auge, wenn er das Recht als „die unvermeidliche praktische Konsequenz aus der Tatsache der sozialen Gebundenheit des Menschen" bezeichnet, „die vernünftigerweise nur bejaht werden kann". In diesem Sinne ist für ihn das Recht „die immanente Logik der Gesellschaft", sein Geltungsgrund „allein die Vernunft"[15]).

Bisweilen[16]) wird die Geltung des Rechts im soziologischen Sinne mit seiner Positivität identifiziert. Das scheint uns nicht richtig, da man sonst Bestimmungen eines positiven Gesetzes, die keine tatsächliche Geltung haben, wie z. B. den schon erwähnten § 1377, Abs. II BGB, die Positivität absprechen müßte. Diese ist vielmehr mit der Geltung im juristischen Sinne gleichzusetzen, worauf oben schon hingewiesen wurde.

9) Übrigens leugnet Kelsen keineswegs, wie man bei seiner rein normativen Betrachtungsweise fast erwarten könnte, die Abhängigkeit des rechtlichen Sollens vom faktischen Seinszustand. Vgl. Soziol. und jurist. Staatsbegriff 95 f.

10) Manigk, Wie stehen wir heute . . . 37.

11) ebenso Mayer 57; Dohna 13; Stammler, Theorie 131 ff.; Wirtschaft und Recht, 5. Aufl. 163; Lehrb. § 68; Rechtsphil. in Das ges. Dtsch. Recht I, 34; fälschlich bejahend Binder, Rechtsbegriff 63 ff.

12) G. Jellinek, Allgem. Staatsl. 334; Radbruch, Grundzüge 165; Rechtsphil. 78; Baumgarten, Wissenschaft I, 4.

13) Rechtsphilosophie 80 ff., ebenso Emge, Arch. 14, 284; W. Jellinek, Gesetz 27 f.

14) Phil. d. Rechts 767 ff.

15) ähnlich auch Manigk, Zentralbl. f. die juristische Praxis 1929, 539 f.

16) so von Radbruch, Grundzüge 179 f.; Binder, Phil. d. Rechts 761 f.; Mezger, Rechtsquelle 25, 34 f.

Die soziologische Geltung kommt zwar nicht der sittlichen Idee zu, wohl aber der empirischen Moral, wobei zu beachten ist, daß diese sich innerhalb eines bestimmten Volkes mehr oder minder nach Ständen, Klassen und Berufen differenziert, sodaß eigentlich stets mehrere Moralen nebeneinander in Geltung stehen.

3. Der philosophische Geltungsbegriff.

Man spricht von philosophischer, normativer, rationaler, idealer, absoluter Geltung im Sinne idealer Richtigkeit und Notwendigkeit, wie sie z. B. den Gesetzen der Logik und der Mathematik eignet. Bisweilen wird vorgeschlagen[1]), um Verwechslungen mit jenen beiden anderen Geltungsbegriffen zu vermeiden, von Gültigkeit statt von Geltung zu sprechen, jedoch hat sich ein dementsprechender Sprachgebrauch noch nicht entwickelt[2]). Einer positiven Rechtsordnung kann selbstverständlich keine philosophische Geltung zukommen, es war der grundlegende Irrtum des Naturrechts, es für möglich gehalten zu haben[3]). Sie ist vielmehr lediglich der Rechtsidee im Sinne Binders[4]), dem richtig verstandenen Naturrecht[5]), dem Wert der Gerechtigkeit zuzusprechen.

Philosophische Geltung ist auch der Idee der Sittlichkeit wie den ewigen Werten eigen, deren Verwirklichung sie zu dienen hat. Ob diesen auch Wirklichkeit, Realität zukommt, ist eine sehr schwierige ontologische Frage, über die sich die Philosophen noch nicht einig sind.

4. Das Verhältnis der philosophischen Geltung der Rechtsidee zur empirischen Geltung des positiven Rechts.

Die philosophische Geltung der Rechtsidee steht in engster Beziehung zur empirischen Geltung des positiven Rechts[1]). Die Rechtswirklichkeitsbetrachtung muß durch eine Rechtswertbetrachtung ergänzt werden[2]); diese kann aber nur erfolgen, indem

---

1) Binder, Phil. d. Recht 769; Stammler, Theorie 114, 118; Radbruch, Grundzüge 170.

2) so spricht G. Jellinek, Allgem. Staatslehre 333 von Gültigkeit gerade im Sinne soziologischer Geltung.

3) abzulehnen ist daher die Meinung Emges, Arch. 15, S. 56, der dort richtige Gesetze eines Souveräns „ideal geltende Gesetze" nennt und „ideale Geltung an sich" betontermaßen leugnet.

4) Phil. d. Rechts 750.

5) Vgl. Manigk, Festgabe 30; Binder, Phil. d. R. 759.

1) s. auch Mezger, Sein u. Sollen 103 ff.; Rechtsquelle 43 ff.; Stammler, Wirtschaft und Recht, 1. Aufl. 184 f.; Richtiges Recht 27 ff.; Theorie 470. Beling, Vom Positivismus 15; R. Schmidt 31; Mayer 58; Burckhardt, Schweiz. Ztschr. 35, 13 ff.; Larenz, Rechtsgeltung 22 ff.; Merk 42, E. v. Hippel 34 ff.

2) Beling, Rechtswiss. 21; Revolution und Recht 30.

man an das empirische Recht den Maßstab der Rechtsidee anlegt. Eine letzte Selbständigkeit im gleichen Sinne, wie sie den Ideen des Guten, Schönen, Wahren, Heiligen zukommt, ist der Rechtsidee allerdings nicht eigen[3]). Sie wird vielmehr von der moralischen Idee beherrscht, worauf unten näher einzugehen ist. — Daher kommt es, daß fortwährend neue Rechtsgedanken, ihre Kraft und Stärke aus den sittlichen Postulaten der Gerechtigkeit und Billigkeit holend, in Gesetzgebung und Rechtsanwendung Fuß fassen. Das von Bergbohm seinerzeit aufgestellte Dogma von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung[4]) (das sog. Allgesetzlichkeitsdogma), d. h. von ihrer Lückenlosigkeit, läßt sich heute nicht mehr aufrechterhalten und hat als methodisch völlig erledigt zu gelten[5]). Zwar ist das historische Naturrecht mit seinem Dogma einer ewigen, unveränderlichen Rechtsordnung über allen positiven Rechten heute überwunden[6]), aber der Idee des Naturrechts kommt eine dauernde Funktion in bezug auf das positive Recht zu[7]). In diesem Sinne ist am Rechtsdualismus festzuhalten. Der Richter muß — bei Strafe des déni de justice[8]) — entscheiden, er kann aber seine Entscheidungen nicht immer vom positiven Material des Gesetzes her aufbauen. Bisweilen verweist ihn das Gesetz selbst für seine Auslegung auf Außerpositives, indem es ihm in den bekannten Ventilklauseln von „Treu und Glauben", der „Verkehrssitte", der „Angemessenheit"

3) deshalb wird sie bisweilen, so von Beling, Rechtswiss. 26, geleugnet.

4) a.a.O. 384 ff., 478 f.

5) Schon Jung, Logische Geschlossenheit 14, 24, Archiv Zivil. Praxis 118, 101 ff.; ferner Leonhard 22; Manigk, Savigny 145; Festgabe 23. In einem anderen nämlich metaphysischen Sinne hält Schönfeld an ihm fest, Rechtserkenntnis 38 f.

6) Die katholische Rechtsphilosophie hält allerdings noch immer an ihm fest. Dafür ist das Werk Hölschers neuerdings wieder ein interessantes Dokument. Er behauptet (I, 141 f., 156), daß zum Begriffe des Rechts das suum cuique, d. h. die Gerechtigkeit gehöre, daß das Recht „eine unwandelbare raum- und zeitlose objektive Größe" darstelle (I, 156). „Das positive Recht ist lediglich die Erscheinung eines Rechtes", „das natürliche Recht ist für uns Menschen in Wahrheit das einzige Recht" (I, 243, 298). Und daher sei das positive Recht eigentliches Recht nur dann, wenn es mit dem natürlichen Recht übereinstimme (I, 241), ja es habe auch rechtlich (von Hölscher hervorgehoben) verbindliche Kraft nur, wenn und soweit diese Übereinstimmung mit dem natürlichen Recht bestehe (I, 334). Seiendes, nicht seinsollendes Recht seien dessen ewige Grundsätze: „Gib jedem das Seinige", „Tue niemandem Unrecht". Sie besäßen universelle Geltung für alle Menschen (I, 296 f.). Was aber das Seinige und was Unrecht ist, bestimme nicht etwa das positive Recht, sondern das natürliche!!! — Nicht soweit wie Hölscher geht neuestens Petraschek, gleichfalls ein katholischer Rechtsphilosoph. Die Funktion, die er dem natürlichen Recht zuschreibt, kommt ungefähr überein mit der, die wir für die Idee des Naturrechts anerkannt haben. Vgl. bes. a.a.O. 132, 137 f.

7) Manigk, Festgabe 22 f.; zustimmend Binder, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphil. 22, 125; das gleiche hat auch Schönfeld, Rechtserkenntnis 45, 49 f., 53 f. im Auge.

8) Code Civil Art. 4.

usw. einen weiten Spielraum läßt, zum Teil aber auch enthält es Lücken im eigentlichen Sinne. Denn inzwischen neu aufgekommene Erscheinungen des wirklichen Lebens konnte es zur Zeit seines Erlasses nicht berücksichtigen. Endlich aber auch wird der Richter u. U. contra legem entscheiden, und es ist möglich, daß andere ihm folgen, sodaß dann aus dem von der Rechtsidee getragenen ius nasciturum ius natum geworden ist. Positivrechtlich ist ein solcher aus dem persönlichen Rechtsgewissen gewonnener Entscheid nicht zu rechtfertigen [9]), aber er kommt vor; er ist ein Rechtsbruch, gerade so wie die Revolution im eigentlichen Sinne. Und wie diese kann auch er den Grund zur Geltung neuen Rechts legen [10]). Daher muß das empirische positive Recht wenigstens im großen und ganzen von der Rechtsidee getragen sein, anderenfalls diese sich auf dem Wege des Rechtsbruchs durchzusetzen sucht.

VI. Das Recht gewährt Rechte, die Sittlichkeit kennt nur Pflichten.

Es ergibt sich fernerhin aus der Aufgabe des Rechts, die soziale Wirklichkeit zu ordnen, daß es nicht bloß Pflichten kennt, sondern vor allem auch subjektive Rechte gewährt [1]), daß es, wie von Petrażyki [2]) sagt, einen imperativ-attributiven Charakter hat. Der Gläubiger soll nicht auf die Freiwilligkeit des Schuldners angewiesen sein, sondern gegen ihn eine Waffe haben, zu seinem Recht zu kommen. Die Wirklichkeit wäre nicht zu ordnen, wenn das Recht nicht mit sog. gewährenden Rechtssätzen ausgestattet wäre. Sie sind sogar das Primäre am Recht und erst vom Recht im Sinne subjektiver Berechtigung hat auch das Recht als die objektive Rechtsordnung seinen Namen. Sie verleihen dem einzelnen eine gewisse Macht, die Wirkung herbeizuführen, die das Recht beabsichtigt. Denn dem Recht des einen steht die Pflicht des andern gegenüber [3]). Je nach der Art des betreffenden subjektiven Rechts haben die ihm entsprechenden Rechtspflichten einen verschiedenen Inhalt, z. B. gehen sie dahin, sich jedes störenden Eingriffs in die Rechtssphäre des andern zu enthalten oder diesem etwas zu leisten usw.

9) Manigk, Savigny 122.

10) Vgl. Manigk, Revolution 20; Art. Auslegung, Handwörterb. der Rechtswiss. 434 f.

1) Vgl. Windscheid-Kipp § 37 Anm. 4; A. Merkel, §§ 1 ff., 16, 71 ff., 159 ff.; von Petrażycki 21 ff.; Jung, Natürl. Recht 63 f.; Positives Recht 18 f. Arch. Ziv. Pr. 118, 71; Radbruch, Grundzüge 49, Rechtsphil. 38 f.; Einführung 18 f.; Riezler 69; Manigk, Wie stehen wir heute . . . 38.

2) a.a.O. 28.

3) Nur kurz sei erwähnt, daß von einigen: Binder, Rechtsbegriff 188 f., N. 29; 220 f.; Phil. d. R. 353 ff., 819 ff.; Radbruch, Grundzüge 59 ff.; Rechtsphil. 39 ff., 43 f., 76 f. das Vorhandensein von Rechtspflichten geleugnet wird. Dagegen in überzeugender Begründung u. a. Oertmann 22 ff.; Somló 430 ff.

Dahingegen kennt die Sittlichkeit lediglich Pflichten; ein ethisches Recht in diesem Sinne wäre ein Widerspruch in sich. Es scheint uns ein zu enger Gesichtspunkt, wenn Baumgarten [4]) dies nur darauf zurückführen will, daß der Sittlichkeit keine empirische Geltung zukomme, während es aber ihrem Wesen nicht widerspräche, machtbegründende Rechtssätze zu gewähren. Wir möchten allerdings betonen, daß es auch dem Wesen der Moral zuwiderläuft, subjektive Ansprüche zuzusprechen. Denn wozu sollten sie dienen, da die Sittlichkeit ihre einzige Aufgabe doch darin erblicken muß, den Menschen zu persönlicher Vollkommenheit zu bringen; sie gebietet um des individuellen Gewissens willen. Nur im Bereich des Rechtlichen kann man, wie Radbruch [5]) dies ausdrückt, von Pflicht und Schuldigkeit sprechen, die sittliche Pflicht aber ist nicht Schuldigkeit, sondern Pflicht schlechthin.

Gänzlich bestritten wird das Gesagte von Weigelin [6]). Er behauptet, nur „völlige Blindheit" könne die zahlreichen subjektiven Rechte der moralischen Ordnung übersehen. Weigelin führt zur Erhärtung seiner Ansicht zahlreiche Beispiele an, jedoch vermögen wir in ihnen allen nur Belege für tatsächlich existierende sittliche Pflichten (z. B. aus einem Freundschaftsverhältnis, aus einer Gewissensehe usw.) zu erblicken. Sie können nicht von einem Berechtigten gefordert, sondern müssen aus sich heraus erfüllt werden. Damit hängt zusammen, daß man in vielen Fällen auch nicht befugt ist, einen anderen sittlich zu verurteilen, da man dessen Innenleben, insbesondere diejenigen vielleicht sehr gewichtigen Motive, die ihn von einer uns als selbstverständlich erscheinenden Handlung abhielten, nicht kennt. Dabei soll von dem Gebot der christlichen Ethik: „Richtet nicht, auf daß ihr nicht gerichtet werdet", ganz abgesehen werden. In Weigelins Auffassung tritt wieder die Tendenz zur Veräußerlichung der Moral deutlich hervor. Zuzugeben ist ihm aber, daß ein großer Teil der rechtlichen Pflichten zugleich sittlicher Art sind (z. B. die Pflicht, ein empfangenes Darlehen zurückzugeben); die Folgerung, die er daraus zieht, daß auch aus diesem Grunde entsprechende subjektive sittliche Rechte beständen, erscheint uns nicht zwingend.

Rein bildlich ordnet man allerdings der sittlichen Pflicht bisweilen einen Berechtigten zu: das bessere Selbst, die mahnende Stimme des Gewissens erhebt auf diese oder jene Handlung Anspruch.

---

4) Wissenschaft vom Recht I, 180; Rechtsphilosophie 65.
5) Grundzüge 49; Rechtsphilosophie 39.
6) a.a.O. 81 f., die gleiche Ansicht schon bei Anderssen, Grünhuts Ztschr. 37, 347 f.

VII. Das Recht generalisiert, die Sittlichkeit differenziert.

Ein weiterer Unterschied zwischen Recht und Sittlichkeit liegt darin, daß das Recht generalisierenden, die Sittlichkeit differenzierenden Charakter hat[1]). Auch er hängt aufs engste mit den ganz verschiedenen Funktionen der beiden Ordnungen zusammen. Das Recht muß generalisieren, d. h. von den vielerlei Besonderheiten der Vorgänge des wirklichen Lebens, die es regeln will, absehen und nur allgemeine Normen aufstellen, gerade um eine solche Ordnung überhaupt durchführen zu können[2]). Nur in gewissen engen Grenzen kann und soll das Recht die Verschiedenheiten der einzelnen Fälle berücksichtigen. Im allgemeinen aber geht es schematisierend und typisierend vor. Einen gewissen Ausgleich gegen etwa sich daraus ergebende unerträgliche Härten sucht es selbst zu schaffen, indem es z. B. den Richter bisweilen anweist, „nach Treu und Glauben", „nach den Umständen des Falles", „nach Billigkeit", „nach Angemessenheit"" zu entscheiden. Jedoch ist auch damit der sog. rigor iuris (summum ius, summa iniuria) nicht beseitigt. Denn auch bei Anwendung dieser elastischen Maßstäbe kann das Recht seine generalisierende Tendenz nicht verleugnen, es kann auch hier nur billig „im großen und ganzen" sein, kann vor allem nicht die subjektiven Unterschiede der beteiligten Personen, etwa nach dem Wort: „Alles verstehen heißt alles verzeihen", in Rechnung ziehen. Daher trägt die Justitia ihre Binde, vor ihr ist jeder gleich. Vor allem kann das Recht die Motive der Handelnden aus guten Gründen nur in sehr beschränktem Umfang berücksichtigen. Tolstoi kam gerade von hier aus zu seiner grundsätzlichen Verurteilung der Juristen: „Daß alle diese Leute glauben, es gäbe Umstände im Leben, unter denen ein unmittelbares Verhältnis des Menschen zum Mitmenschen nicht notwendig sei"[3]).

---

1) Vgl. G. Rümelin 348; Enneccerus-Nipperdey § 28, I, 1 c; Radbruch Grundzüge 210 f.; Rechtsphil. 99 f.; Einführung 19 f.; Brodmann, Recht und Gewalt 78 f.; Riezler 68 ff.; Mayer 62 f.; Sohm II, 49 f.; Beling, Rechtswiss. 14,31; Weigelin 95; Petraschek 118 f.

2) Darin liegt zugleich aber doch auch ein ethisches Moment. Indem auf diese Weise die Rechtssicherheit garantiert ist, können die einzelnen Rechtsgenossen in ihren Entschlüssen und Handlungen sich nach dem positiven Gesetz richten. Sie können von ihrem Gegenüber ein dementsprechendes Verhalten billigerweise erwarten. Daher auch sollte vom Richter diese berechtigte Erwartung nicht ohne Vorliegen schwerwiegender Gründe, die für eine Änderung in der Rechtsprechung sprechen würden, getäuscht werden. Diesen Zusammenhang hat Radbruch im Anschluß an Jung als die „Gerechtigkeit in der Positivität" bezeichnet. Vgl. dazu Jung, Pos. Recht 28 ff.; Natürl. Recht 100 ff.; Arch. Ziv. Pr. 118,20 ff.; Bürgerl. R. 465 f., Radbruch, Grundzüge 178; treffend auch Beling, Rechtswissenschaft 43: „Der Richter, der lauter ‚gerechte' . . . Entscheidungen fällt, würde damit gerade nicht der Gerechtigkeit zum Siege verhelfen."

3) zit. nach Radbruch, Grundzüge 211, Rechtsphil. 100.

Anders die Sittlichkeit. Zwar ist die sittliche Norm ein und dieselbe für alle, doch kann und soll das menschliche Gewissen jede Frage nach allen Richtungen hin erwägen, sowohl den Besonderheiten des Falles wie der persönlichen Individualität des Handelnden Rechnung tragen. Jede Einzelheit, die zu einer anderen Entscheidung führen könnte, ist in Betracht zu ziehen. Die Sittlichkeit hat Zeit, sie steht nicht unter dem Druck der Dringlichkeit (besser eine schlechte Ordnung als überhaupt keine), dem das Recht ausgesetzt ist und der dessen Formalismus mitbedingt. Man hat zwar bisweilen versucht, namentlich in der katholischen Moralphilosophie, die Gebote der Moral in kasuistische Systeme einzuzwängen, jedoch versagt eine solche Kasuistik stets, da sie dem eigentlich Sittlichen nicht gerecht zu werden vermag. Die sittlichen Probleme sind unendlich komplizierter, als daß sie von der allergenauesten kodifizierten Kasuistik gemeistert werden könnten[4]). Zutreffend sagt Sohm[5]), daß die sog. Gesetze der Sittlichkeit, z. B. das Gebot der Nächstenliebe, in Wahrheit nur eine Anleitung zur Befreiung vom Gesetz sein wollen, zur Entwicklung der Persönlichkeit. Und gerade die Individualität ist es, die den unerschöpflichen Reichtum der sittlichen Welt hervorbringt[6]). Auch die moralische Beurteilung eines anderen — soweit sie überhaupt angebracht ist — hat auf alle Motive seines Handelns einzugehen und sie genau abzuwägen.

VIII. Veränderlichkeit des Rechts, Stetigkeit der Sittlichkeit.

Aus der Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts, aus der Tatsache, daß es nur das Zumutbare fordern kann, ergibt sich noch ein weiterer Unterschied im Verhältnis zur Sittlichkeit[1]). Das Recht nämlich ist in seinem Inhalt veränderlich, es steht mitten im Fluß der allgemeinen Entwicklung der betreffenden Kultur, während die sittliche Idee in Stetigkeit die gleiche bleibt, immer das Höchste fordernd. Daneben allerdings nimmt die empirische Moral am allgemeinen Wechsel teil, bloß daß sie sich nicht so schnell ändert, als es die Rechtsordnung muß.

Die Veränderlichkeit des Rechts offenbart sich nicht nur im Erlaß neuer Gesetze, sondern auch in der täglichen Fortbildung durch den Richter einerseits, die vielfältigen Lebensfaktoren (Wirtschaft, Technik, Verkehr usw.) andererseits. Es dauert auch stets eine gewisse

4) Vgl. Stammler, Lehrb. § 90.
5) a.a.O. II, 49.
6) Radbruch spricht Grundzüge 142, Rechtsphil. 64 diese Auffassung nur der demokratischen Weltanschauung zu, sie gilt aber ganz allgemein.
1) Vgl. Weigelin 96; Manigk, Revolution 18.

Zeit, bis der Inhalt eines neuen Gesetzes in all seinen Möglichkeiten erkannt und dem Leben zur Verfügung gestellt ist. Dazu kommen dann jene neuen Rechtsgedanken, die das soziale Leben seinerseits entwickelt hat und die nun der gesetzlichen Formulierung harren, man denke z. B. an die Sicherungsübereignung oder an die durch wissenschaftlich-medizinische Entdeckung ermöglichte Vaterschaftsbestimmung durch Blutuntersuchung.

B. Gemeinsame Beziehungen von Recht und Sittlichkeit.

I. Gemeinsames in inhaltlicher Hinsicht.

Es würde ein sehr einseitiges Bild geben, wollte man sich auf die Erörterung der verschiedenen zwischen Recht und Sittlichkeit bestehenden Unterschiede beschränken, wenn auch bisweilen so verfahren wird. Man muß auch das Gemeinsame beider Ordnungen ins Auge fassen. Wie die Tendenz Weigelins, die Unterschiede zu verkleinern und bloß einseitig das Verbindende zu betonen, abgelehnt werden mußte, so auch die Ansichten derer, die allzu sehr das Trennende hervorheben[1]).

Noch eins ist einleitend zu sagen: wie es in der vorliegenden Arbeit nicht vermieden werden konnte, bei Erörterung der Unterschiede auch bestimmte Gemeinsamkeiten zu streifen, ebenso wird im folgenden auch manches Trennende noch hervorgehoben werden müssen. Die aus Gründen besserer systematischer Darstellung erfolgte Trennung des Stoffes in zwei große Abschnitte darf nie so weit gehen, den Tatsachen selbst Gewalt anzutun.

Gemeinsamkeiten zwischen Recht und Sittlichkeit ergeben sich zunächst in inhaltlicher Beziehung. Es gibt eine ganze Reihe moralischer Vorschriften, die der Gesetzgeber kodifizierend zu rechtlichen gemacht hat. Sie hören damit natürlich nicht auf, sittliche Gebote zu sein, stehen aber nunmehr auch unter der Zwangsgewalt des Rechts. Dadurch ist ihre Durchsetzung, wenn auch nicht stets aus moralischen Motiven, in erheblichem Maße garantiert.

Es dürfte unmöglich sein, die zahlreichen zugleich moralischen Charakter tragenden Bestimmungen der heute im Deutschen Reich geltenden Rechtsordnung erschöpfend aufzuzählen, das würde auch nicht viel Sinn haben. Aber beispielsweise sei Einiges genannt. Vor allem gehören hierher die schwereren Delikte des Strafgesetzbuchs wie Tötung, Körperverletzung, Eigentums-, Betrugs-,

1) unrichtig aber ist die Behauptung Hölschers I, 94, die herrschende Doktrin lehre, Ethos und Recht ständen außer allem Verhältnis.

Erpressungs-, Sittlichkeitsdelikte. Es ist sehr aufschlußreich, daß bei der letztgenannten Gruppe die Sprache den Zusammenhang mit der Moral durch Aufrechterhaltung eines engeren Begriffs von Sittlichkeit anschaulich ausdrückt. Häufig findet sich die Formulierung, daß die Übertretungen sittlich indifferent, Vergehen und Verbrechen aber sowohl sittlich wie rechtlich verboten seien. So einfach liegen die Dinge nicht. Es kann im einzelnen Fall (auf den kommt es bei sittlicher Beurteilung immer an), auch eine Übertretungshandlung unsittlich sein, andererseits gibt es sogar Vergehen, denen die Moral gleichgültig gegenübersteht (vgl. etwa § 145 a StGB: Unbefugte Ausgabe von Inhaberpapieren, § 256 StGB: Veranstaltung öffentlicher Lotterien ohne Erlaubnis). Für das Zivilrecht ist grundlegend § 138 BGB, der unsittliche Rechtsgeschäfte für nichtig erklärt, und § 826 BGB, der bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung zum Schadensersatz verpflichtet[2]). Dazu treten u. a. die zahlreichen Bestimmungen, die Treu und Glauben im Rechtsverkehr fordern, die unlauteren Wettbewerb und den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung verbieten. Vor allem hat hier die Rechtsprechung bahnbrechend gewirkt, um eine Versittlichung des Rechtsverkehrs herbeizuführen. Für das öffentliche Recht sei das Völkerrecht als (trotz aller Unvollkommenheit) zum größten Teil Niederschlag sittlicher Forderungen an die Staaten für den internationalen Verkehr erwähnt. Schließlich müssen noch die beiden Grundstützen einer jeden Rechtsordnung genannt werden: Familie und Eigentum, deren bedeutende sittliche Aufgaben auch vom Recht, soweit es seinen Mitteln möglich ist, gefördert werden.

Wenn also viele moralische Vorschriften Bestandteil der Rechtsordnung geworden sind, so gibt es noch viel mehr rechtliche Bestimmungen, die mit der Moral in keinerlei Beziehung stehen. Die Erklärung dafür findet sich in der schon geschilderten gänzlich verschiedenen Aufgabe des Rechts gegenüber der Sittlichkeit, aus der es sich ergibt, daß sich das Recht mit dem Zumutbaren und Erreichbaren begnügen muß. Und es sind keineswegs bloß die sog. technischen Rechtsnormen, die ethisch indifferent sind. Auch materielle Normen gehören in großer Zahl hierher, ja es kommt nicht selten vor, daß sie etwas erlauben, was die Moral verbietet. Das sagt schon die Digestenstelle L. 144 pr. D. 50, 17: „Non omne, quod licet, honestum

2) Seltsamerweise behauptet Radbruch (Grundzüge 80, Einführung 21 — nicht mehr in Rechtsphilosophie (1932) —), die Berücksichtigung der „guten Sitten" im BGB trage der grundsätzlichen Ununterscheidbarkeit (die man allerdings bezweifeln kann) von Recht und Sitte Rechnung. Die Gesetzessprache läßt hier zwar an Deutlichkeit zu wünschen übrig, es ist aber allgemein unstreitig, daß es sich gegebenenfalls um moralische Anforderungen des Gesetzes handelt, nicht aber darum, der Sitte zu entsprechen. Auch liegen nicht etwa Verweisungen auf das sog. „richtige Recht" vor, wie Stammler Theorie 304 annimmt.

est". So ragt also die Moral weit über das Recht hinaus, die höchsten Ansprüche erhebend. Aber so merkwürdig es zunächst klingt, es gibt auch umgekehrt Fälle, in denen das Recht mehr verlangt als die Moral, in denen also das Recht über die Moral hinausreicht. Daher ist es nicht richtig, wenn bisweilen gesagt wird[3]), daß jede Rechtswidrigkeit zugleich auch unsittlich sei. Hierher gehören die meisten Übertretungen, auch einzelne Vergehen. Zu weit geht Weigelin[4]), wenn er ganz allgemein den fahrlässig begangenen Vergehen die Unsittlichkeit abspricht, er setzt fälschlich unsittlich mit verachtungswürdig gleich. Auch wird die Anspannung der Aufmerksamkeit und die Rücksichtnahme auf die anderen gerade von einer entwickelteren Sittlichkeit stets gefordert. Zu sittlichem Tadel ist keineswegs, wie Weigelin meint, außerordentliche und andauernde Gleichgültigkeit nötig. — Es seien noch einige Beispiele für ein Hinausragen des Rechts über die Moral genannt: Das Recht legt mitunter die Pflicht zur Schadensersatzleistung auf, auch in Fällen, in denen kein Verschulden, sondern bloße Verursachung gegeben ist. Eine ethische Beurteilung würde hier nichts beanstanden können. — Das Recht ordnet in bestimmten Fällen Aussage-, in anderen Schweigepflicht an, wo die Moral mitunter gerade jeweils das Umgekehrte gebieten mag. — Handlungen politischer Art, die die geltende Rechtsordnung verbietet, können für den einzelnen unter Umständen als seine sittliche Pflicht betrachtet werden. Hier liegt eine der Wurzeln des sog. Überzeugungsverbrechers, den man im neu zu schaffenden deutschen Strafrecht milder bestrafen will. Gut wird das Gemeinte verdeutlicht in einem Wort Bismarcks[5]): „Ich habe geschworen, die Verfassung gewissenhaft zu beobachten, wie aber, wenn mein Gewissen mir gebietet, sie nicht zu beobachten?" Tell fühlte sich durch sein Gewissen verpflichtet, dem Geßlerhut den Gruß zu versagen, obwohl es zur Rechtspflicht gemacht worden war. Ferner ist ja jede gegen die bestehende Rechtsordnung unternommene revolutionäre Handlung strafbarer Hochverrat, obwohl nicht selten in der Geschichte Revolutionen aus sittlichen Motiven hervorgehen, um vom Himmel die ew'gen Rechte herunterzuholen. — Weiterhin kann es durchaus unsittlich sein, eine innerlich vollkommen zerrüttete Ehe fortzuführen, obwohl unser deutsches Scheidungsrecht, dessen Reformierung in dieser Hinsicht schon wiederholt vergeblich versucht wurde, eine bloß objektive Zerrüttung nicht als zur Scheidung ausreichend erachtet und daher eine solche Ehe weiterhin zusammenhält. Bisweilen auch mag man sich sittlich für verpflichtet halten, einen schwer leidenden

3) schon von Savigny, System des heutigen römischen Rechts III S. 171 (1840).
4) a.a.O. 178 f.
5) zit. nach Radbruch, Rechtsphil. 84.

hoffnungslos Kranken auf sein Verlangen hin zu töten, obwohl das Recht dies verbietet und bestraft. Andere Fälle, die in diesem Zusammenhang oft genannt werden, sind die der Abtreibung und der gleichgeschlechtlichen männlichen Liebe. Wir vermögen sie nicht hierher zu rechnen, da wenigstens im allgemeinen bei ihnen doch Recht und Sittlichkeit der gleichen Ansicht sind.

Soviel dürfte klar geworden sein, daß es eine ganze Reihe von Möglichkeiten tragischer Konflikte des sozialen Lebens gibt, die darauf beruhen, daß das Recht anderes und mehr fordert als die Moral. Beide Ordnungen stehen also wie zwei sich schneidende Kreise zueinander, nur ein gewisses nach Zeit und Ort verschiedenes Gebiet ist ihnen derart gemeinsam, daß die Vorschriften sich inhaltlich decken, im übrigen aber gibt es sowohl moralische Gesetze, die über das vom Recht Verlangte hinausgehen, wie es rechtliche Bestimmungen gibt, die etwas fordern, was die Moral nicht gebietet, u. U. auch verbietet.

Obwohl Weigelin[6]) diesen Sachverhalt zutreffend darlegt, kommt er seltsamerweise zu dem Schluß, daß zwischen den primären Normen des Rechts und der Sittlichkeit, d. h. also den inhaltlich bestimmten Ge- und Verboten im Unterschied zu ihren bloß sekundären Verwirklichungsmitteln, kein wesentlicher Unterschied sei, ja, daß sie zusammen eine einheitliche gesellschaftliche Lebensordnung darstellten. Weigelin setzt sich damit zu seinen eigenen gerade auch die inhaltlichen Verschiedenheiten ausführlich hervorhebenden Ausführungen in Widerspruch[7]), indem er auch hier wieder seiner Tendenz[8]), Recht und Sittlichkeit in zuweitgehender Weise einander anzugleichen, erliegt.

II. Das Recht als ethisches Minimum.

Georg Jellinek[1]) hat das Recht als das ethische Minimum bezeichnet, was sowohl objektiv wie subjektiv zu verstehen sei. Objektiv, indem das Recht der Inbegriff derjenigen Normen sei, die die Existenz eines bestimmten Gesellschaftszustandes garantierten, subjektiv, indem das Recht das Minimum sittlicher Lebensbetätigung und Gesinnung darstelle. Diese Kennzeichnung des Rechts als ethisches Minimum ist sehr bekannt, sogar zu einem beliebten Schlagwort geworden. Sie wird aber auch häufig aus den verschiedensten Gründen abgelehnt. Radbruch meint[2]), sie verkenne die grundsätz-

6) a.a.O. 174 ff.

7) Vgl. auch noch S. 181: „Unzweifelhaft bestehen zwischen gewissen Teilen der rechtlichen und sittlichen Ordnung Widersprüche."

8) Vgl. schon Vorwort S. VII.

1) Sozialethische Bedeutung 45.

2) Einführung 20; Rechtsphilosophie 42; ähnlich auch Brodmann, Recht und Gewalt 80.

liche Verschiedenheit beider Ordnungen und die sich daraus ergebende Möglichkeit tragischer Konflikte. So wendet R. v. Hippel[3]) zutreffend ein, daß es auch zahlreiche und wichtige Vorschriften der Rechtsordnung gibt, deren Änderung den bestehenden Gesellschaftszustand unberührt ließe, und daß ferner die Gesellschaftsordnung nicht allein durch das Recht aufrechterhalten wird. Weigelin[4]) und Riezler[5]) lehnen die Jellineksche Formulierung deshalb ab, weil Recht und Moral zwei sich schneidende Kreise darstellen, das Recht also nicht bloß ein Teil der Ethik ist[6]), vielmehr zum Teil weniger, zum Teil aber auch mehr verlangt als die Moral. Riezler meint außerdem noch, es dürfe vom Recht auch nicht in dem Sinne als vom „ethischen Minimum" gesprochen werden, als ob es einen gewissen Bestand von „natürlichen" ethischen Sätzen gäbe, die sich jede Rechtsordnung zu eigen machen müßte. Uns scheint dies nur eine andere Formulierung für diejenige Form des Naturrechtsgedankens, die heute als wissenschaftlich erledigt zu gelten hat. Sie ist nicht gemeint, wenn man sich die Formel Jellineks zu eigen macht. Aus anderem Grunde schließlich lehnt diese Baumgarten[7]) ab. Zwar meint er, daß sie der Wahrheit verhältnismäßig nahe komme, doch geht sie ihm nicht weit genug. Denn das Recht ziehe noch anderes in den Kreis seiner Regelung als bloß die ethischen Minimalforderungen, die jeder anerkenne als ein Mindestmaß an Einschränkung des Egoismus zu Gunsten der Interessen der Gesamtheit, damit die unentbehrlichsten Lebensgüter ungestört zur Verfügung stehen.

Mag man auch aus diesen oder jenen Gründen an Jellineks Satz Kritik üben[8]), er weist in seiner kurzen einprägsamen Form auf zweierlei zutreffend hin: das Recht ist das ethische Minimum, d. h. es enthält auch ethische Vorschriften, die zwangsweise durchgeführt werden müssen, damit das Mindestmaß gegenseitiger Rücksichtnahme in dem sozialen Verkehr garantiert ist, und das Recht ist das ethische Minimum, d. h. es ist nicht die kodifizierte Sittlichkeit schlechthin.

Es sei schließlich noch angemerkt, daß Schmoller[9]) das Recht als ein ethisches Maximum bezeichnet hat, „an Kraft, an Wirksamkeit, an Resultaten".

---

3) Strafrecht I S. 9.
4) a.a.O. 178.
5) a.a.O. S. 58.
6) wie das noch die modernen Naturrechtler behaupten: Cathrein 314.
7) Wissenschaft vom Recht I, 183 f.
8) Uneingeschränkte Billigung findet er z. B. bei Mayer 63; Schmoller 57.
9) a.a.O. 57; zustimmend Mayer 63; dagegen R. v. Hippel 9 f.; Radbruch, Rechtsphilosophie 42 f.

III. Das Recht steht unter dem Einfluß der Sittlichkeit.

Die gemeinsamen Beziehungen zwischen Recht und Sittlichkeit erschöpfen sich aber nicht darin, daß das Recht bisweilen die moralischen Forderungen zu den seinen macht. Zu der teilweisen inhaltlichen Übereinstimmung tritt ein Verhältnis zwischen beiden Größen, das man damit am besten kurz umschreibt, wenn man sagt: das Recht steht unter dem Einfluß der Sittlichkeit. Das zeigt sich in verschiedener Hinsicht.

Zunächst kommt dem Bestehen einer durch die Macht und Gewalt des Staates aufrechterhaltenen Rechtsordnung als solcher (von allem Inhaltlichen ist jetzt abzusehen) ein bedeutender sittlicher Wert zu[1]), nämlich durch die Verhinderung eines anarchischen bellum omnium contra omnes. Daher darf man auch sagen[2]), eine schlechte Ordnung ist immer noch besser als keine Ordnung, als das Chaos. Entspricht sie garnicht der Gerechtigkeit und nur wenig dem Postulat der Zweckmäßigkeit, so setzt sie doch dem anarchischen Zustand ein Ende, gewährt wenigstens äußere Rechtssicherheit. Was von der Rechtsordnung im ganzen gilt, gilt vom subjektiven Recht im besonderen. Es ist die von der Rechtsordnung dem Gläubiger verliehene Waffe, um wenigstens die äußere Erfüllung des Sittengesetzes herbeizuführen. Zugleich aber ist es ihm verliehen, damit er seinerseits den ihm selbst obliegenden Verpflichtungen rechtlicher und sittlicher Art entsprechen kann. Daher ruht auf dem subjektiven Recht ein sittliches Pathos[3]) und Jherings Verdienst ist es, die sittliche Pflicht zum Kampf ums Recht mit Leidenschaft betont zu haben.

Ferner untersteht der Gesetzgeber bei seiner Recht schaffenden Tätigkeit den Imperativen des Sittengesetzes, da dieses ja das gesamte menschliche Verhalten ergreift[4]). Das bedeutet natürlich noch längst nicht, daß er etwa die Inhalte des Sittengesetzes in seine Rechtsordnung hinein übernehmen müsse.

Was vom Rechtsordnungssubjekt gilt, gilt auch vom Rechtsordnungsobjekt[5]). Der einzelne Rechtsunterworfene kann — darauf hat schon Kant hingewiesen — den Geboten des Rechts nicht bloß äußerlich entsprechen, womit dem Recht ja Genüge geschähe, sondern er kann sie sich in freier selbstverantwortlicher

---

1) Baumgarten, Rechtsphilosophie 61, Erkenntnis 223; Binder, Archiv für Recht- und Wirtschaftsphil. 22, 124.

2) so Sohm II, 49; Weigelin 187; Baumgarten, Rechtsphil, 61; Beling, Rechtswissenschaft 32; E. v. Hippel 33.

3) Radbruch, Grundzüge 51, Rechtsphilosophie 44.

4) Radbruch, Grundzüge 82; Beling, Rechtswiss. 22, 31; Baumgarten, Rechtsphilosophie 61; Larenz, Rechtsgeltung 35 f.

5) Vgl. Merkel § 47; Gierke, Logos 6, 232; Jung, Arch. Ziv. Pr. 118, 71 f.; Baumgarten, Erkenntnis 222.

Gewissensentscheidung zu eigen machen und sie als sittliche Pflichten erfüllen. Das wird nur bei verhältnismäßig wenigen der Rechtsgenossen der Fall sein, ist auch nicht bei allen Rechtsgeboten in gleichem Maße möglich, da es, wie oben gezeigt wurde, auch Rechtsvorschriften gibt, die einer Beziehung zum Gebiet des Sittlichen gänzlich entbehren. Auf jeden Fall aber besteht die allgemeine sittliche Pflicht, sich der bestehenden Rechtsordnung, gerade weil sie den Wert der Ordnung hat, zu unterwerfen. Nur eine unerträgliche Spannung zu dem wirklich als sittlich Empfundenen mag u. U. eine Empörung gegen die bestehende Ordnung zur sittlichen Pflicht werden lassen.

Das Recht schafft, indem es Ordnung ist, die ersten Voraussetzungen für die Entfaltung der sittlichen Persönlichkeit[6]), für die Erreichung der höchsten Ziele des menschlichen Daseins. Sehr fein gesehen ist die anschließende Bemerkung Radbruchs, daß das Recht, indem es der Möglichkeit der Sittlichkeit diene, notwendigerweise zugleich auch der Möglichkeit der Unsittlichkeit diene, ja, die Sittlichkeit nicht nur erleichtere, sondern auch erschwere. „Die Tugend ist billig geworden, seit das Recht ihr die Lebensgefährlichkeit genommen hat." Aber Radbruch weiß diese Antinomie doch befriedigend zu lösen: Wenn auch das Recht die Aufgaben, an denen der Mensch sich sittlich bewähren könne, beschränke, so erwüchsen doch gerade unter dem Schutze des Rechtsfriedens, der immer größeren Mannigfaltigkeit der menschlichen Beziehungen entsprechend, neue sittliche Aufgaben.

Man kann darin, das Recht der Sittlichkeit ein- und unterzuordnen, zu weit gehen und die Eigenaufgabe des Rechts darüber vergessen. Dem scheint Baumgarten, sich selbst mehrfach widersprechend, zum Opfer gefallen zu sein[7]). So behauptet er, daß die Auslegung des Gesetzes nach sittlichem Maßstab zu erfolgen habe[8]), daß der Sinn zu ermitteln sei, „der sich als möglichst förderlich für die Erreichung der höchsten Zwecke des menschlichen Daseins erweist"[9]). Eine solche Auslegung aber würde, so meinen wir, zu falschen Ergebnissen führen, weil sie übersieht, daß das Recht beschränktere, irdischere Aufgaben hat. Baumgarten sagt gleich an-

---

6) Radbruch, Grundzüge 99 f.; Rechtsphilosophie 45; Baumgarten, Rechtsphilosophie 62; Erkenntnis 222; Gierke, Logos 6, 232; Jung, Arch. Ziv. Prax. 118, 71 f.

7) Der gleiche Vorwurf ist auch gegenüber Hölscher zu erheben, so, wenn er in seiner schon oben geschilderten naturrechtlichen Einstellung behauptet (I, 218): „Wahres Recht kann nie mit der sittlichen Pflicht in Widerstreit geraten."

8) Rechtsphilosophie 62. In seinem früheren Wissenschaft I, wo er sich S. 293 ff. in extenso über die Auslegung verbreitet, vertritt er diese Ansicht nicht.

9) Erkenntnis 222 f.

schließend aber selbst, man müsse die der Natur der Sache angemessene Lösung suchen, brauche aber deswegen nicht immer gleich die große Frage nach den letzten Zielen des menschlichen Daseins aufzuwerfen. Damit nimmt er aber der Sache nach das eben noch Behauptete gänzlich zurück. Es ist auch irrig, wenn er an anderer Stelle [10]) meint, überall, wo das Gesetz auf das Richtige, sachlich Angemessene verweise, sei aus der Moral die leitende Maxime zu entnehmen. Diese Ventilklauseln des Gesetzgebers decken sich nicht immer mit dem Moralischen [11]).

Baumgarten ist ferner der Ansicht [12]), daß der Rechtsbefehl ganz allgemein sittlich verbindlich sei [13]), da unter den verschiedensten Kräften, auf denen der Gehorsam gegenüber dem Recht beruhe, nur dem sittlichen Motiv allgemeine Gültigkeit zukomme. Die Dinge liegen aber in Wirklichkeit so, daß das sittliche Motiv als Grund des Gehorsams gegenüber dem Recht in der Mehrzahl der Fälle keine Rolle spielt. Deshalb gerade muß auch das Recht schon seiner Idee nach Zwang sein. An anderer Stelle betont Baumgarten [14]) selbst ganz richtig, daß die Rechtsordnung durchsetzbar sein und daher auf das Erreichbare abzielen muß.

Unzutreffend ist auch die Ansicht Baumgartens [15]), das oberste Moralprinzip habe auch bei den Begriffen einzugreifen, die das Recht erst als solches überhaupt konstituieren. Zu Unrecht wirft — wie uns scheint — dieser Autor der juristischen Grundlehre Somlós vor, daß sie eine solche ethische Fundierung vermissen lasse. Somló handelt betontermaßen nur von den Rechtsvoraussetzungs-, nicht von Rechtsinhaltsbegriffen. Daher muß er sich notwendigerweise, deren formaler Struktur entsprechend, jeder Wertung enthalten. Schließlich meint Baumgarten [16]), daß die Gesetzesverfasser ihre Regeln aus den obersten Normen der Sittlichkeit abzuleiten hätten. Zuzugeben ist aber lediglich, daß sie, wie schon gesagt, den Imperativen des Sittengesetzes, das sich auf alles menschliche Verhalten bezieht, unterstehen. Daß aber materiell die Rechtsnormen aus den obersten Normen der Sittlichkeit abzuleiten seien, ist eine entschieden zu weitgehende Formulierung, die der Wirklichkeitsgebundenheit des Rechts

---

10) Wissenschaft I, 10.
11) darauf macht auch Manigk, Festgabe 17 aufmerksam.
12) Wissenschaft I, 4, 181.
13) Aus anderen Gründen haben das Laun, Radbruch und Binder behauptet, wie oben bei Erörterung des Autonomieproblems erwähnt wurde. Auch die modernen Naturrechtler, so Cathrein 310, stehen auf diesem Standpunkt.
14) Rechtsphilosophie 66.
15) Wissenschaft vom Recht I, 10.
16) Rechtsphilosophie 61.

nicht entspricht. Und gerade Baumgarten selbst ist es, der zutreffend, wenn auch in der Form einer rhetorischen Frage, davor warnt[17]), daß die Ethik die gesamte Jurisprudenz überflute.

Die Ausstellungen, die Baumgarten gegenüber gemacht werden mußten, lassen die schon gewonnene Erkenntnis unangetastet, daß zwischen Recht und Sittlichkeit weitere Gemeinsamkeiten als bloß die teilweiser Inhaltsidentität bestehen, daß das Recht der Sittlichkeit einzuordnen ist. Man hat daher treffend das Recht den Vorhof der Sitlichkeit genannt[18]), es ist ihr Instrument[19]), ohne sie aber vollständig verwirklichen zu können. Mit Recht spricht Manigk[20]) von der organisch-funktionellen Beziehung zwischen beiden Ordnungen. Sie wird vor allem deutlich in der ewig wirkenden Idee des Rechts, indem letztlich die empirische Geltung des Rechts in der philosophischen Geltung der Rechtsidee verankert ist, wie oben bei Behandlung des Geltungsproblems dargelegt wurde. Sie äußert sich in der einzelnen praeter- bezw. contra legem-Entscheidung des Richters, wie in den großen rechtlichen Forderungen, die der geltenden Rechtsordnung gegenüber erhoben werden und die immer zugleich als sittliche auftreten, sie ist es schließlich, die in der Revolution zum offenen Aufstand gegen das Bestehende führen kann, wenn dieses mit der Idee des Sittlichen nicht mehr in Einklang steht. Daher muß die staatliche Gesetzgebung die Stimme des Sittlichen rechtzeitig vernehmen[21]). Das Volk verlangt nach der Übereinstimmung beider Ordnungen[22]). Und Baumgarten hat recht, wenn er meint[23]), der Gesetzgeber brauche nicht bloß den herrschenden moralischen Anschauungen zu entsprechen, sondern er könne mit seiner Regelung vorsichtig und schrittweise, aber doch im Hinblick auf die höchste Bestimmung des Menschen vorangehen[24]).

So liegen Recht und Sittlichkeit in einer Ebene, wie Manigk[25]) zutreffend gegen Mayer[26]) ausführt. Die Idee des Rechts

---

17) Rechtsphilosophie 63.
18) Beling, Rechtswiss. 26; Manigk, Festgabe 19; dagegen Weigelin 186.
19) Manigk, Wie stehen wir heute . . 38; Radbruch, Grundzüge 43; Rechtsphilosophie 45; Hensel 115.
20) Festgabe 13, 21, 25, 29.
21) Manigk, Festgabe 30; vgl. auch Artikel „Interessenjurisprudenz", Handwörterb. der Rechtswiss. 315.
22) Fehr 60; Weigelin 182.
23) Erkenntnis 224.
24) Er bleibe sich aber gerade hierbei der Grenzen seines Könnens bewußt. Vgl. darüber Baumgarten Wissenschaft I, 184; Beling, Rechtswissenschaft 31; Manigk, Art. Interessenjurisprudenz a.a.O. 309: Die Zinsverbote des Mittelalters beruhten auf einer Verwechslung von Recht und Sittlichkeit.
25) Festgabe 17 f.
26) a.a.O. 61.

ist von der moralischen Idee umschlossen und beherrscht[27]). In ihrem letzten und höchsten Zweck stimmen beide Ordnungen überein[28]). Worin dieser aber besteht, das ist nicht rational zu bestimmen. Er hängt aufs engste mit den Fragen nach Wesen und Aufgabe des Menschen und des menschlichen Gemeinschaftslebens überhaupt zusammen. Daher hat hier die Metaphysik das Objekt ihrer Spekulation.

Im historischen Verlauf der Entwicklung ist eine ständig sich vollziehende gegenseitige Einwirkung von Recht und Moral aufeinander festzustellen[29]), die der zwischen beiden Gebieten bestehenden organischen Relation entspricht. Ein gutes Recht, das vor allem den drei Seiten der Rechtsidee: der Rechtssicherheit, Zweckmäßigkeit und der Gerechtigkeit entspricht, wird durch sein bloßes Dasein eine zunehmende Versittlichung des gesellschaftlichen Verkehrs zur Folge haben, während andererseits solche Moralgrundsätze, die sich im allgemeinen durchgesetzt haben, auch vom Gesetzgeber de lege ferenda berücksichtigt werden können. Das geschah z. B. mit dem Erlaß des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, das bisherige moralische Anstandspflichten zu Rechtspflichten machte. Man denke ferner daran, daß dem Eigentümer nach und nach immer stärkere Lasten zum Nutzen der Allgemeinheit auferlegt wurden. Veränderte sittliche Anschauungen sind auch die Wurzel der Reformbestrebungen unseres Strafrechts.

Daher darf man getrost von zunehmender allmählicher Annäherung des Rechts an die Sittlichkeit sprechen, von fortschreitender Ethisierung des Rechts[30]).

---

27) Manigk, Festgabe 22; Binder, Phil. d. Recht 263 ff. — Man beachte auch, daß der Wert der Gerechtigkeit sowohl für die Ethik eine große Bedeutung hat (bekanntlich sah Aristoteles in der Gerechtigkeit die Königin aller Tugenden) wie auch als Bewertungsmaßstab für das positive Recht. Außerdem aber soll auch dessen unmittelbare Anwendung durch den urteilenden Richter gerecht erfolgen. Der Begriff der Gerechtigkeit strahlt also nach den verschiedensten Richtungen hin aus.

28) Lasson 274 f.; Enneccerus-Nipperdey § 30, I; Weigelin 186 f., der aber fälschlich auch ihren nächsten unmittelbaren Zweck identifiziert, was oben schon zurückgewiesen wurde.

29) Vgl. Merkel § 32, § 47; R. Schmidt 45; Giese 20 f.

30) Vgl. Manigk, Wie stehen wir heute . . . 38; Festgabe 16 f.; zweifelnd Riezler 59.

LEBENSLAUF.

Am 10. August 1905 wurde ich in Kassel als Sohn des Fabrikanten Carl Schombardt und seiner Ehefrau Erna, geb. Tietze, geboren. Nach dreijährigem Besuch der Städtischen Vorschule I zu Kassel trat ich Ostern 1915 in das Städtische Realgymnasium I ein. Am 14. Februar 1924 bestand ich an dieser Anstalt unter Befreiung vom Mündlichen das Abiturientenexamen. Da ich später einmal das väterliche Geschäft übernehmen sollte, wurde ich zunächst praktisch ausgebildet und zwar ein Jahr kaufmännisch in dem Betriebe meines Vaters, sieben Monate technisch in der Automobilreparaturwerkstatt der Fahrzeugwerke Bald in Siegen i. W. Zum Wintersemester 1925/26 bezog ich die Universität Köln, wo ich zwei Semester Wirtschaftswissenschaften studierte. Dieses Studium setzte ich in München im Wintersemester 1926/27 fort. Seit dem Sommersemester 1927 erwählte ich die Rechtswissenschaft zum Hauptfach meines Studiums. Nach München war ich zwei Semester (Winter 1927/28, Sommer 1928) in Berlin. Das vierte bis siebente juristische Semester verbrachte ich in Marburg.

Mein akademisches Studium hat sich nicht auf die Gebiete der Rechtswissenschaft und der Nationalökonomie einschließlich der Betriebswirtschaftslehre beschränkt; ich habe mich auch der Philosophie, Psychologie und Soziologie gewidmet, auch im übrigen viele allgemeinbildende Vorlesungen, namentlich literarischen, historischen und kunstgeschichtlichen Inhalts gehört. Innerhalb der Rechtswissenschaft gehören meine besonderen Neigungen der Rechtsphilosophie, der Rechtspolitik und dem Strafrecht.

Am 20. Dezember 1930 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „vollbefriedigend". Anschließend schrieb ich diese Arbeit, deren Thema ich mir selbst gewählt hatte. Sie wurde am 20. Juli 1932 abgeschlossen.

Am 10. August 1932 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt und zunächst dem Amtsgericht in Fritzlar zur Ausbildung überwiesen. Am 4. März 1933 legte ich in Marburg das juristische Doktorexamen mit dem Prädikat „cum laude" ab. In der Folgezeit war ich im Vorbereitungsdienst in Kassel tätig. Am 18. Januar 1936 bestand ich die große Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut".

Nachdem ich verschiedene Kasseler Rechtsanwälte vertreten hatte, auch am Landgericht in Kassel als Hilfsrichter tätig gewesen war, wurde ich vom 1. Juni 1936 ab zur Einarbeitung in das Amt des Richters und des Staatsanwalts in den einjährigen Probedienst übernommen. Ich leistete ihn bei der Staatsanwaltschaft in Kassel und bei dem Amtsgericht in Hanau ab. Zum 10. April 1937 wurde ich zum Gerichtsassessor (neuer Art) ernannt und ab 1. Mai 1937 dem Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg überwiesen. Ich war dort zunächst bei den Landgerichten in Stendal und in Dessau tätig. Seit dem 1. Februar 1938 bin ich bei dem Amtsgericht in Osterwieck am Harz, seit dem 27. April 1938 auch zugleich bei dem Amtsgericht in Halberstadt beschäftigt.

Meine akademischen Lehrer waren in der Hauptsache die Herren Professoren:

a) Heinrich Lehmann, Nipperdey; von Wiese, von Beckerath, Seyffert, Geldmacher; Scheler †, Artur Schneider in Köln;

b) Cosack †, Kisch, Riezler, v. Beling †, v. Frank †, Rothenbücher †; Adolf Weber, v. Zwidinek-Südenhorst, Zahn; Erich Becher † in München;

c) Stammler †, Kipp †, Triepel, Smend; Prion; Vierkandt, Spranger in Berlin;

d) Erich Jung, Stölzel, Leonhard, Manigk, Bredt, Mezger, Merk †, Genzmer, Gerber, Walz, Schulz-Schaeffer in Marburg.

Ihnen allen wie auch meinen Schullehrern schulde ich Dank für Belehrung und Erkenntnis.

Kassel, den 3. September 1938.

Walter Schombardt.